<36635615750013

<36635615750013

Bayer. Staatsbibliothek

# Rechtswissenschaft
des
# Gesetzbuchs Napoleons
und der übrigen
## bürgerlichen Gesetzgebung
des Königreichs Westphalen,
oder
## Sammlung von Entscheidungen
des königlichen
Appellations-Hofes zu Celle
und
## Abhandlungen
über die
entschiedenen und andere Rechtsfragen,
von

Friedrich Karl von Strombeck,
Präsidenten des königl. Appellations-Hofes zu Celle, Ritter des Ordens der westphälischen Krone und Mitgliede der Stände des Königreichs Westphalen.

---

Erstes Heft.

Braunschweig, 1811.
Bei Friedrich Vieweg.

Bayerische Staatsbibliothek München

Bayerische
Staatsbibliothek
München

# Vorrede.

Indem ich dieses erste Heft der gegenwärtigen Sammlung mittheile, handle ich auf eine doppelte Weise dem gefaßten Entschlusse entgegen: einmal weil ich mir vornahm, erst nach einer längern Zeit, und wenn die Erfahrung gezeigt haben würde, welche nach der neuen Gesetzgebung entschiedenen Sachen als merkwürdigere angesehen werden könnten, Bemerkungen über Entscheidungen des hiesigen höchsten Gerichts mitzutheilen; (denn nur zu oft sieht ein Reisender im Anfange seines Weges etwas als außerordentlich an, so ihm nachher ganz alltäglich erscheint) und zweitens, weil ich solche spätere, und wahrscheinlich reifere, Mittheilungen in lateinischer Sprache abzufassen gedachte.

Um mich von meinem ersten Vorsatze zurückzuführen, sagte man mir: es sey die neue Rechtswissenschaft in Westphalen, vorzüglich in den ehemahligen hannoverschen Landen, noch ziemlich unbekannt; diese Unbekanntschaft veranlasse häufige Berufungen; es würde daher Nutzen schaffen, wenn die Entscheidungen der höchsten Gerichte, durch öf-

fentliche Mittheilung, mehr zur gemeinen Kenntniß gebracht würden, als dadurch geschehe, daß man sie in öffentlicher Gerichtssitzung ausspräche. Merkwürdig und alltäglich seyen Beziehungs-Begriffe: jetzt erscheine sehr merkwürdig, und sey es in der That, welches nach wenigen Jahren, wenn man mit der neuen Rechtswissenschaft bekannt geworden seyn würde, nothwendig als alltäglich sich darstellen müsse. Es sey bei einem Unternehmen, wie eine Sammlung von Erkenntnissen und Abhandlungen über Rechtsfragen, mehr auf gemeinen Nutzen, als auf des Sammlers und Verfassers Ruhm zu sehen: dieser entstehe vielmehr nur aus jenem. Mit Recht wären die Sammlungen der Herren Pfeiffer und Oesterley, mit großem Beifalle aufgenommen, und ihr Nutzen sey allgemein anerkannt.

Den zweiten Vorsatz anbelangend, so müsse es freilich einen Verfasser schmeicheln, auch außer den Ländern deutscher Zunge gelesen zu werden; aber, dessen ungeachtet scheine es, in den jetzigen Zeiten, mehr eine überflüssige Ostentation, als etwas Nützliches, ein Werk, welches die Anwendung der Gesetze erleichtern solle, in einer Sprache abzufassen, deren Kenntniß bald (leider!) zur Seltenheit werden würde, und fast schon geworden sey. Habe man nicht Handbücher ins Deutsche übersetzen

müssen, um ihnen einen ausgedehntern Lesekreis zu verschaffen? 1)

Ich lasse es dahin gestellt seyn, in wiefern mich diese Gründe hätten bewegen sollen, und übergebe hierdurch den deutschen Rechtsgelehrten eine Sammlung mit Schüchternheit, da sie gleichsam eine Fortsetzung der Werke eines von Pufendorf, von Bülow und Hagemann (jetzigen General-Procurators des hiesigen Appellations-Hofes) ausmacht; jedoch mich damit beruhigend, daß, wenn auch meine eignen Bemerkungen nicht eine besondere Aufmerksamkeit zu erregen im Stande sind, doch stets die mitgetheilten Entscheidungen selbst, das Werk der Berathung großer Rechtsgelehrten, merkwürdig seyn werden. 2)

Erreiche ich aber, auch nur zum Theil, den vorgesetzten Zweck: die neuen Gesetze, in ihrer

---

1) Wenn man es einigen Abhandlungen und Anmerkungen, auch in dem deutschen Kleide, noch ansieht, daß sie ursprünglich ein römisches Gewand trugen, und ihren Ursprung erhielten, während der Verfasser nicht weniger mit den Werken eines Cicero und Quintilian, als eines Merlin beschäftigt war, so ist dies vielleicht ihr geringster Fehler.

2) Sollte ich auch in den Anmerkungen (wie ich befürchte) die εὐταξίαν der Griechen (ordinis et loci conservationem) nicht immer gehörig beobachtet haben; so mag meine Begierde, eine nützliche Wahrheit zu sagen, wofür ich keine passendere Stelle finden konnte, mich entschuldigen.

richtigen Anwendung, [5]) bekannter zu machen; zu beweisen, daß sie, unbefangen in ihrer Wirkung [4]) betrachtet, einen entschiedenen Vorzug,

---

3) Das Gesetzbuch Napoleons, ohne die französische Jurisprudenz in Deutschland einführen wollen, wäre, wie ein bekannter Rechtsgelehrter sagte, einen Baum ohne seine Wurzeln verpflanzen wollen. Man wird es daher aus dem gehörigen Gesichtspuncte ansehen, wenn ich in gegenwärtiger Schrift sehr viel Rücksicht, (doch hoffentlich nicht zu viel) auf die französische Jurisprudenz nahm: nach dem Vorsatz Cicero's: „Sequemur igitur, hoc quidem tempore, et in hac quaestione, potissimum stoicos, non ut interpretes; sed, ut solemus, e fontibus eorum, judicio arbitrioque nostro, quantum quoque modo videbitur, hauriemus.“ (de offic. I. 2.)

4) Seit den drei Jahren, da ich, als Richter, die neue Gesetzgebung angewendet habe, fand ich hinlängliche Gelegenheit, sie mit der vorhergegangenen zu vergleichen, die ich ebenfalls viele Jahre, als Geschäftsmann und Richter, kennen zu lernen und anzuwenden Veranlassung gehabt hatte. Indem ich der alten Gesetze und Proceß-Vorschriften gute Seite keinesweges verkenne, welche, nach meiner Ansicht, vorzüglich darin bestand: daß die ersten sehr auf Orts-Verhältnisse berechnet, und das Resultat einer langen, an Ort und Stelle gemachten Erfahrung waren, die letzten aber eine sehr gründliche und ruhige Erörterung der Streitsachen bezweckten und erreichten, wie denn auch das Acten-Verschickungs-Institut ein wahres Paladium gegen richterlichen Despotismus war: so nehme ich keinen Anstand, doch den neuen, sowohl materiellen als Proceß-Gesetzen, einen großen Vorzug vor den alten einzuräumen. Was die ersten anbetrifft, so bindet den Richter nichts, ja er hat die unerläßliche Verpflichtung, alles Gute und Zweckmäßige, welches er in der vorigen Gesetzgebung fand, in sofern es nicht aufgehoben, als geschriebene Vernunft, annoch jetzt zur Anwendung zu bringen, und so die

in der Regel, vor der bisherigen Gesetzgebung

---

Vorzüge der alten und neuen Gesetze mit einander zu verbinden, welche letztere hauptsächlich darin bestehn, daß jetzt eine große Menge zweifelhafter Rechtsfragen entschieden sind, die ehedem, von den verschiedenen Gerichten und Spruchcollegien verschieden beantwortet, nicht nur das Resultat eines Processes, und also was Recht und Unrecht sey, im höchsten Grade ungewiß, sondern auch die Processe unendlich kostbar und langwierig machten. Auch spricht gewiß für das Gesetzbuch Napoleons der darin unverkennbar herrschende Geist der Humanität, und die große Kenntniß der menschlichen Leidenschaften, (wobei jedoch auf das Zeitalter öfter haben Rücksichten genommen werden müssen) und die Leichtigkeit, welche, durch ein zugleich in der Muttersprache bekannt gemachtes Gesetzbuch, der Staatsbürger erhalten hat, seine vorzüglichen Rechte und Verpflichtungen kennen zu lernen. Was aber die neuen Proceß-Gesetze anbetrifft, so sind sie, der guten Seite der vorigen unbeschadet, diesen unendlich vorzuziehen. Wie leicht war es ehemahls nicht, seinen Gegner, bei der größten Gerechtigkeit der Sache desselben, zehn und mehrere Jahre hinzuhalten? Im Braunschweigschen war eine gute Justiz-Verwaltung, und doch waren Processe, die zwanzig Jahre gedaurt hatten, nicht selten; ja bisweilen war, da drei gleichförmige auf einander folgende Erkenntnisse erst die Sache endlich entschieden, eine Beendigung des Rechtsstreits gar nicht zu erreichen. (S. Acta des Hofgerichts zu Wolfenbüttel, in S. Muly g. die fürstl. Kriegscasse, pto. Befreiung von den öffentlichen Abgaben des Weghauses am Fümmelschen Wege, worin ich selbst einst Referent war.) Kann man einen solchen Proceßgang, ich sage nicht einen vollkommenen, (keine menschliche Einrichtung verdient diesen Namen) sondern nur einen erträglichen nennen? — Was bewirkte denn aber die neue Proceß-Gesetzgebung? — Ich urtheile nur von dem, was ich sah und von dem, wobei ich selbst, unter dem Beistande würdiger Collegen, mitwirkte. Das Tribunal zu Einbeck entschied definitiv, in einem Zeit-

verdienen; den Parteien und dem gesammten Pu-

---

raume von zwei Jahren, über tausend Processe, die zum Theil seit vielen Jahren rechtshängig gewesen waren, wobei eine besondere Erscheinung war, daß die Acten eines gewissen, bedeutenden Gerichts sich sämmtlich mit mandatis de administranda justitia, die nichts gefruchtet hatten, endigten. Das Publicum und vorzüglich die Anwälte geriethen in Erstaunen, und ich hatte die große Freude, mit den neuen Gesetzen, auch der neuen Obrigkeit Liebe und Achtung verschafft zu sehen. Auch bei einem höhern Gerichte wurden dieselben Resultate sichtbar. In den *ersten sechs Monaten* nach seiner Einsetzung hatte der hiesige Appellations-Hof schon über sieben hundert alte Processe (welche größtentheils von den bisherigen Mittelgerichten abgegeben wurden) entschieden, wovon einige bis fast in die Mitte des vorigen Jahrhunderts heraufreichend, selbst in literarischer Hinsicht Aufsehen erregt hatten. Was die ganz nach dem neuen Verfahren instruirten Processe anbetrifft, so sah ich in erster Instanz viele hundert, und vor dem Appellations-Hofe eine bedeutende Zahl, entstehen, verhandeln und — *beendigen.* Gewiß nicht über zehn verließ ich zu Einbeck in unentschiedenen Rechten, und von dem Appellations-Hofe war bis jetzt noch kein Proceß länger als vier Wochen rechtshängig, wobei ich bemerke, daß, da oft die Anwälte die Erkenntnisse durch Einreichung der Qualitäten auszulösen verabsäumen, dann die Parteien das Gegentheil zu glauben veranlaßt werden. *Dies sind Thatsachen:* hoffentlich wird man mich also nicht der heuchelnden Lobpreisung des Neuen beschuldigen, wenn ich ihm (das Alte in seinem Guten dankend verehrend) vor dem Alten einen entschiedenen Vorzug gebe. — Aber, so höre ich fragen, hat denn der neue Proceß gar keine Mängel? — Allerdings hat er deren, ich selbst habe deren zu finden *geglaubt,* und freimüthig in meinen Schriften sie bemerklich gemacht. Bei weiten der größte Mangel der neuen Justizverfassung hat dadurch statt, daß tüchtige Sachwalter, welche den mündlichen Vortrag in ihrer Gewalt ha-

blicum zu zeigen, daß diese Gesetze auf eine ge=

---

ben, fast gänzlich fehlen. Zu Einbeck sah ich Talente auf=blühen und zum Theil sich entwickeln; ich hoffe hier ein Gleiches zu erleben.

Die Criminal=Justiz liegt außer meinem Zwecke: aber man denke an die Tortur in den hiesigen Landen, — jener Erfindung eines aus dem Avernus auf die Oberwelt entflohenen Dämons, jener Schande der Menschheit, die nur in Seelen, jedes angebornen Gefühls abgestorben, Vertheidiger und Entschuldiger finden kann. (Freilich: „Quam facilis, quam expedita res est, torqueri miserum!“ Quintiliani pro paupere decl. VII.) Wen empört es nicht, wenn er hört, ein Unterrichter fragte an: „Wie die verordnete Tortur der Daumschrauben anzuwenden, da Inquisit, bei der letzten Marter beide Daumen bereits eingebüßt?“ — Wenn er hört, daß man, um zu entdecken, ob Inculpat nicht vielleicht ein künstlich verstecktes Brandmark auf dem Rücken habe, ihn mit Scheidewasser denselben waschen ließ, um das Mahl erscheinend zu machen? — Wenn er erfährt, daß der Dieb eines alten eisernen Ofens, aus einer schlecht verwahrten, ungebrauchten Wachtstube, eilf Jahre lang sitzen mußte, ehe er das Glück hatte, zu einjährigem Gefängniß verurtheilt zu werden? — Grausamkeiten, die nicht im 11ten und 12ten, sondern im 18ten, nicht zu Goa, sondern im nördlichen Deutschland statt hatten, und welche, wenn ich ihrer gedenke, mich mit eben so großem Abscheu gegen diejenigen meiner Zeitgenossen, welche sie begingen und zuließen, erfüllen, als ich gegen jenes Volk fühle, unter dem ein Julius Paulus (Sent. recept. T. XVI. 5.) als Rechtsgrundsatz aufstellen konnte: „Servi alieni in alterius caput nisi singuli torqueri possunt. Et hoc invito domino non est permittendum, nisi delator cujus interest, quod intendit, probare, pretia eorum, quanti dominus taxaverit, inferre sit paratus, vel certe deterioris facti servi subire taxationem.“ — Wer jenes hört und beherzigt, und dann vernimmt, daß das deutsche

rechte, ihrem Geiste gemäße Weise angewendet wurden, [5]) und die Anwälte auf die Quellen zuzückzuführen: so wird es mich nie gereuen, Aufforderungen gefolgt zu haben, die vielleicht die Folge zu vortheilhafter Meinung waren.

Uebrigens habe ich mich bemüht, nicht in den Fehler der meisten Sammler von Rechtsfällen zu verfallen, welche den Leser mit Erzählungen von Thatumständen ermüden, die er nicht zu wissen verlangt; indem ich nur so viel von diesen anführte, als nothwendig war, um das mitgetheilte Erkenntniß verständlich zu machen. Selten theilte ich auch die Erkenntnisse des ersten Richters und die Vorträge der Anwälte [6]) mit, indem die

---

Volk die Abschaffung solcher Grausamkeiten einer fremden Gesetzgebung verdankt, der wird diese eben so dankend aufnehmen, als einst Griechenland von Egypten, Rom von Griechenland und Germanien von Rom fremde Gesetze dankend annahm, er wird Gesetze und Verfassung von den Folgen eines Krieges (der doch nicht ewig dauern kann) billig unterscheiden.

5) „Il ne suffit pas que les décisions des tribunaux soient approuvées par les personnes qui se livrent à l'étude des loix; il faut encore, pour qu'ils jouissent de toute la considération dont ils ont besoin, qu'il ne puisse pas s'élever dans l'opinion publique le plus léger doute sur la sagesse des arrêts qu'ils prononcent.“ (Méjan.)

6) Es war eine erfreuliche Erscheinung, unter diesen Vorträgen einige, obgleich sehr wenige, zu bemerken, bei denen das Bestreben des Redners sichtbar wurde, „die Kraft der Trägheit (wie Grollmann, Handb. über den C. N. 1 Thl. S. L. sagt) zu besiegen; und sich über das Gemeine

Gründe beider in den Erörterungen, welche ich vorherschickte, entwickelt wurden.

Hält man so diese Sammlung für überflüssig, so hat sie doch wenigstens weder großen Zeitverlust noch Kostenaufwand dem Publicum veranlaßt: findet sie hingegen Beifall, so wird von Zeit zu Zeit ein Heft, dem gegenwärtigen ähnlich, erscheinen, deren zwei einen Band bilden werden, der mit einem vollständigen Sachregister versehen wer-

---

und Gewöhnliche zu erheben." — Wie wahr ist die Bemerkung dieses vortrefflichen Schriftstellers: „Unsere Advocatur ist wirklich tief gesunken. Geschmacklosigkeit, Nichtigkeit und Leerheit sind die gewöhnlichen Charactere ihrer Productionen, und nur selten stößt der ermüdete Richter auf die erfreuliche Erscheinung eines Erzeugnisses höherer Bildung?" — (Ich möchte mit dem Verfasser des Dialogi de caussis corruptae eloq. hinzusetzen: „Equidem fatebor vobis simpliciter, me in quibusdam orationum vix risum, in quibusdam autem vix somnum tenere; nec unum de populo.") Doch wir haben Hoffnung, diesen Zustand zu Ende gehen zu sehen; Aussicht auf Ehre und Ruhm werden unsere Sachwalter begeistern; sie werden mit Sallustius (Bellum Catilin. III.) bedenken: „pulchrum est bene facere Reipublicae: etiam bene dicere haut absurdum est;" sie werden sich scheuen, daß man sie unter die Menschen rechne, deren Leben und Tod gleiches Interesse erregen, „quoniam de utraque siletur." So haben wir denn die Aussicht, daß unser Advocaten-Stand (in dem es bereits so schätzbare Mitglieder giebt) sich bald zu der Glorie der französischen Advocatur werde heraufgeschwungen haben. — Um, so viel an mir ist, zum Ruhme des Talents und des Fleißes beizutragen, werde ich, bei Erzählung der gerichtlichen Verhandlungen, Redner, die sich auszeichneten, nennen.

den soll. Nach einer Reihe von Jahren (vielleicht von andern Sammlern und Verfassern fortgesetzt) würde sich denn der Sammlung Titel [7]) rechtfertigen, es würde dieses Werk, neben dem des Herrn Doctors Pfeiffer, (General-Procurator-Substituten bei dem Appellations-Hofe zu Cassel) dazu vielleicht beitragen, dem Gesetzbuche des großen Kaisers auch in Deutschland, und vorzüglich in Westphalen, eine Rechtswissenschaft zu bilden, sowie sie, nach den Bemerkungen der französischen Rechtsgelehrten, denen die erste Abfassung des Gesetzbuchs übertragen war, nothwendig ist, um das Gesetz selbst zu ergänzen und zu erläutern. [8])

Celle, im Departement der Aller des Königreichs Westphalen, im Mai 1811.

F. K. v. Strombeck.

---

7) Doch bin ich zweifelhaft, ob ich das Wort „Jurisprudenz" durch „Rechtswissenschaft" hätte wiedergeben sollen. Es ist jetzt allgemein bekannt, was man in Frankreich unter Jurisprudence versteht. Bis jetzt hat man das Wort Rechtswissenschaft nicht in derselben Bedeutung desselben genommen. Zachariä's Handbuch des Fr. Civ. R. 2te Aufl. Thl. 1. S. IV. Einl.

8) Ich lasse diese Bemerkungen der H. H. Portalis, Tronchet, Bigot-Preameneu, und Maleville, in einer Uebersetzung hier folgen, da sie die beste Schutzrede für eine Sammlung, wie die gegenwärtige, enthalten.

## Ueber die Nothwendigkeit einer Rechtswissenschaft zur Ergänzung und Erläuterung der Gesetze.

(Ein Auszug aus dem „Discours préliminaire du projet de Code civil"). 1)

---

Wir haben uns (bei der Abfassung des Entwurfs des Gesetzbuchs) vor der gefährlichen Anmaßung gehüthet, alles bestimmen und vorhersagen zu wollen. Sollte man

---

1) Locré, esprit du C. N. — Introd. Esprit dans lequel le C. N. a été rédigé. — Pandectes françaises, T. I. p. 245. f. f. — Seidenstickers Einleitung in den C. N. 8tes Cap. Von dem Verhältniß des C. N. zur Doctrin des Civil-Rechts. S. 401. f. f. (Dieses vortreffliche Werk, welches hoffentlich keinem Rechtsgelehrten fehlt, für den die Gesetzgebung Napoleons nur einiges Interesse hat, und welches, obgleich bereits im Jahre 1808. erschienen, wo der C. N. noch so sehr in Deutschland unbekannt war, dennoch, weder in Frankreich noch Deutschland übertroffen ist, noch durch irgend ein anderes Werk entbehrlich gemacht wird, erschöpft die gegenwärtige Materie vollkommen.) Grollmann's ausführl. Handb. über den Code Nap. 1 Thl. S. 55. (Der beste Comment. über den C. N., dessen Vollendung sehr zu wünschen steht.) Zachariä's Handb. des fr. Civ. R. 2te Aufl. Thl. I. Einleitung, S. XC. (Ein Werk, welches schon in der ersten Auflage von deutschem Fleiße und deutscher Gelehrsamkeit ein der Nation Ehre bringendes Zeugniß darboth, und Alles übertraf, was in dieser Art in Frankreich erschienen war, in der jetzigen Gestalt aber (die vorige Aufl. erklärt jetzt der Verf. für unbrauchbar) mit Recht den Namen eines Meisterwerks verdient. Es ist jedem, auch dem größten Kenner der neuen

wohl glauben, daß es eben diejenigen sind, denen ein Gesetzbuch stets zu weitläufig erscheint, die dem Gesetzgeber die schreckliche Arbeit, nichts der Entscheidung des Richters überzulassen, gebiethend vorschreiben?

Wie man es auch beginne, nimmer werden gesetzliche Vorschriften gänzlich den Gebrauch des Naturrechts (raison naturelle) in den Geschäften des Lebens zu ersetzen vermögen. Die Bedürfnisse der Gesellschaft sind so mannichfaltig, die Verhandlungen der Menschen äußern sich so thätig, ihre Rechtsbeziehungen sind so vielfältig, ihre Verhältnisse so ausgebreitet, daß es dem Gesetzgeber unmöglich ist, alles vorher zu sehen.

Selbst in denjenigen Rechtsmaterien, welche seine Aufmerksamkeit vorzüglich auf sich zogen, giebt es eine Menge einzelner Fälle, welche ihm entwischen, oder welche zu streitig und zu veränderlich sind, als daß sie der Vorwurf einer gesetzlichen Bestimmung hätten werden können.

Wie läßt sich ferner das beständige Wirken der Zeit hemmen? Wie soll man sich dem Strome der Begebenheiten, wie der unmerklichen Veränderung der Sitten entgegen stellen? Wie soll man das zum voraus er-

---

französischen Gesetzgebung, unentbehrlich, denn erst durch dasselbe wird eine Bibliothek des französischen Rechts recht brauchbar. — So hat denn Heidelberg jetzt den Vorzug, zwei Rechtsgelehrte zu besitzen, deren Werke (Thibaut's System des Pandecten-Rechts) täglich in der Hand jedes Richters und Sachwalters seyn werden. — Dieses Werk, in nothwendiger Verbindung mit Seidensticker's Einleitung und Grollmann's ausführl. Handbuche, wird, wenn das letztere vollendet, den deutschen Rechtsgelehrten, besonders denen, welchen das Studium der Quellen des C. N. verschlossen ist, fast instar omnium dienen können.)

kennen und berechnen, welches die Erfahrung allein uns zu enthüllen vermag? Nie kann die Vorsicht sich auf Gegenstände erstrecken, die der Gedanke selbst nicht zu erreichen im Stande ist.

Kaum ist das Gesetzbuch (so vollständig es auch scheinen möge) vollendet, als auch tausend unerwartete Fragen sich dem Richter darbiethen. Denn das Gesetz, einmahl abgefaßt, bleibt so wie es niedergeschrieben war: die Menschen hingegen ruhen nie; sie treiben und handeln beständig. Eben dieses rastlose Treiben, dessen Wirkungen so mannichfaltig durch die Umstände verändert sich darstellen, schafft in jedem Augenblicke neue Verhältnisse, Thathandlungen und Wirkungen.

Eine große Menge von Sachen stehen daher lediglich unter der Herrschaft des Gebrauchs, der Erörterung gebildeter Männer und des Richters Ermessen.

Des Gesetzes Pflicht ist, in großen Ansichten allgemeine Rechtsgrundsätze festzusetzen, Vorschriften, fruchtbar an Folgerungen, aufzustellen, und nicht in das Einzelne solcher Fragen herabzusteigen, welche aus jedem Rechtsgeschäfte zu entstehen im Stande sind.

Dem Richter und Rechtsgelehrten, durchdrungen von der Gesetze allgemeinem Geiste, gebührt es, ihre Anwendung zu lenken.

Daher kömmt, daß man bei allen gebildeten Völkerschaften, neben dem Heiligthume der Gesetze, und unter des Gesetzgebers Aufsicht, einen Schatz von Grundsätzen, Entscheidungen und Wissenschaften entstehen sieht, der, (täglich durch die Ausübung und das Reiben der gerichtlichen Verhandlungen geläutert, und durch neue Kenntnisse vermehrt) von jeher als die wahre Ergänzung der Gesetzgebung angesehen wurde.

Man macht denen, welche sich der Rechtswissenschaft

widmen, den Vorwurf, Spitzfindigkeiten, Sammlungen und Erläuterungen vervielfältigt zu haben. Aber in welcher Wissenschaft hat man sich nicht ausgesetzt, diesen Vorwurf zu verdienen? Muß man eine einzelne Menschenklasse dessen zeihen, welches eine gemeinsame Krankheit des menschlichen Geistes ist? Es giebt Zeiten, wo man zur Unwissenheit verdammt ist, weil es an Büchern fehlt; andere, wo es schwer ist, sich zu unterrichten, weil es zu viel Bücher giebt. [a])

Wenn das Uebermaaß in Erläutern, Erörtern und Schreiben Verzeihung verdient, so ist dies vorzüglich in der Rechtswissenschaft der Fall. Man wird gewiß nicht Anstand nehmen, dieses einzuräumen, wenn man über die unzähligen Fäden nachdenkt, wodurch die Staatsbürger wechselseitig verknüpft werden; über die Entwicklung und das allmählige Fortschreiten der Gegenstände, womit Richter und Rechtsgelehrte sich zu beschäftigen verpflichtet sind; über den Lauf der Begebenheiten und die Umstände, welche auf so mannichfaltige Weise die bürgerlichen Verhältnisse verändern; und end-

---

a) Man kann bei einiger Kenntniß der französischen Rechtsgeschichte nicht umhin, zu gestehen, daß sich eine feste Jurisprudenz (nach der französischen Bedeutung des Worts) ungleich früher in Frankreich, als in Deutschland ausbildete. Noch jetzt ist es nicht ungewöhnlich, daß Erkenntnisse der Parlamente, aus dem 15ten und 16ten Jahrhundert, vor den Gerichtshöfen Frankreichs als Autoritäten angeführt werden, also von Zeiten, wo die deutsche neuere Gerichtsverfassung sich kaum zu bilden angefangen hatte. — Eine vortreffliche, mit der bündigsten Kürze dargestellte Uebersicht der französischen Justiz-Verfassung unter den letzten Königen, findet man in Joh. von Müller's 24 Bücher allg. Geschichten der Europäischen Menschheit, 24. B. 2. Capit. (sämmtl. Werke B. 3. p. 455. f.f.) — v. Ramdohr, jur. Erfahr. Thl. 2. S. 152. f.f.

lich über die beständige Wirkung und Gegenwirkung der Leidenschaften und der mannichfachen Glücksbeziehungen.

Mancher tadelt Spitzfindigkeiten und Auslegungen, der in einer Sache, die ihn selbst betrifft, der spitzfindigste und weitschweifigste Ausleger wird.

Gewiß würde es wünschenswerth seyn, daß alle Rechtsfragen durch Gesetze beantwortet würden. Aber fehlt eine bestimmte Vorschrift des Gesetzes, so dienen, statt seiner, alte, gewisse, wohlhergebrachte Gewohnheiten, eine ununterbrochene Reihe gleichförmiger Entscheidungen, und angenommene Meinungen und Grundsätze.

Wird man aber durch nichts Feststehendes und Bekanntes geleitet, ist die Rede von einem noch nicht vorgekommenen Geschäfte, dann erhebt man sich zu den allgemeinen Grundsätzen des natürlichen Rechtes; denn, ist gleich des Gesetzgebers Voraussehungsvermögen beschränkt, so ist die Natur doch unendlich; man kann sie auf jedwedes, was den Menschen angeht, anwenden.

Alles dieses setzt Sammlungen, Abhandlungen und zahlreiche Bände von Untersuchungen und Erörterungen voraus.

Das Volk, sagt man, vermag in diesen Irrgängen nicht herauszufinden, was es zur Sicherheit seiner Besitzungen und Rechte zu thun oder zu lassen hat.

Aber wäre wohl das einfachste Gesetzbuch allen Classen der Gesellschaft verständlich? Würden die Leidenschaften nicht stets beschäftigt seyn, seinen Sinn zu entstellen? Hat man nicht einer gewissen Erfahrung nöthig, um im Stande zu seyn, die Gesetze richtig anzuwenden? Und wo ist das Volk, dem einfache und wenig zahlreiche Gesetze lange Zeit genüget hätten?

Es wäre daher ein Irrthum, zu glauben, daß eine

Sammlung von Gesetzen möglich sey, welche, jedem Bürger verständlich, zum voraus alle erdenkliche Fälle entschiede.

Bei dem gegenwärtigen Zustande der bürgerlichen Gesellschaft muß man es vielmehr für ein großes Glück erachten, daß die Rechtskunde eine Wissenschaft bildet, welche die Fähigkeit zu beschäftigen, der Eigenliebe zu schmeicheln und die Nacheiferung zu erwecken im Stande ist. Eine ganze Classe von Menschen widmet sich dieser Wissenschaft, und diese Classe, ganz der Erlernung der Gesetze geweihet, biethet Rathgeber und Vertheidiger den Bürgern dar, die sich weder selbst zu berathen, noch zu vertheidigen im Stande wären, und wird so gleichsam die Pflanzschule des Richterstandes. [3])

Man muß es für ein großes Glück erachten, daß Sammlungen und eine Ueberlieferung von Gebräuchen, Grundsätzen und Rechten vorhanden sind, welche gewissermaßen die Nothwendigkeit auflegen, heute so zu urtheilen, wie man gestern that, und die bewirken, daß es weiter keine Verschiedenheiten in den Richtersprüchen giebt, als solche, welche durch das Fortschreiten der Aufklärung und durch die Gewalt der Umstände herbeigeführet werden. [4])

---

3) In Frankreich, wo der Stand der Advocaten so hoch geehrt ist, wird er stets als eine Pflanzschule des Richterstandes angesehen. Eine große Anzahl der Mitglieder der ehemahligen Parlamente bestanden aus Advocaten, die in ihrem Stande sich zugleich Ehre und Vermözen erworben hatten, und so im Stande gewesen waren, sich die Stelle eines Parlaments-Raths zu kaufen. Pandectes franç. T. I. p. 260. f.f.

4) Die Frage: in wiefern gelten in Wesphalen die frühern Gesetze noch neben dem Gesetzbuche Napoleons? ist unstreitig

Man muß es für ein Glück erachten, daß dem Richter die Nothwendigkeit, sich zu unterrichten, Untersuchungen anzustellen, und die Fragen, welche sich ihm dar-

---

in der Abhandlung des Herrn Prof. Mackeldey zu Marburg (Oesterley's u. Spangenberg's Mag. 2. B. 4. Heft) am umfassendsten, scharfsinnigsten und richtigsten beantwortet worden. Die Resultate dieser Abhandl. waren stets meine Ansicht von der Sache, wobei ich bemerke, daß, wenn ich das römische Recht, in den von dem Napoleonischen weder ausdrücklich noch durch die Analogie entschiedenen Fällen, als geschriebene Vernunft gelten lasse, ich dadurch nichts weiter zu behaupten beabsichtige, als, daß der Richter dann, wenn er auf das Naturrecht zurückzugehen verpflichtet ist (aus Mangel positiver Gesetze), wohl thue, sich darum zu bekümmern, ob nicht der in Frage seyende Fall bereits von der römischen Gesetzgebung entschieden sey. Findet er dieses, so ist er dennoch keinesweges verpflichtet, es anzuwenden, wenn es mit seiner Ueberzeugung von Recht und Billigkeit nicht übereinstimmt; stimmt es damit aber überein: so ist es sehr zweckmäßig, wenn er der römischen Bestimmung folgt, wenn auch das Naturrecht noch eine andere zuließe. Wie oft wird dieses der Fall seyn, daß ein weder ausdrücklich noch analogisch durch den C. N. entschiedener Fall, nach dem Naturrechte auf eine mehrfache Weise, wovon eine mit der römischen Vorschrift übereinstimmt, entschieden werden könne! In der Mathematik giebt es nur eine Wahrheit: zu dieser Gewißheit können wir in der Jurisprudenz nicht gelangen. Ich räume also dem römishen Rechte genau dieselbe Autorität ein, welche stets, in wohlorganisirten Gerichtshöfen, die Präjudicien hatten. Man band sich an sie, wenn durch sie zweifelhafte Rechtsfragn entschieden wurden, und wenn sie dem Geiste der Gesetzebung, welche sie gewissermaßen ergänzten, harmonisch raren. Jeden Wortstreit bei Seite gesetzt, sind daher auch Spangenberg (Magazin, 1 B. 1. H.) und Mackeben einerlei Meinung; denn gewiß ist der erste nie der Meinung gewesen, in dem Falle, da der C. N. bei einer Lere, die zu seiner gesetzlichen Sphäre gehört, schweigt, während das frühere Gesetz über denselben disponirt hat,

biethen, zu ergründen, nie erlaubt, zu vergessen, daß, wenn es gleich Sachen giebt, deren Entscheidung seinem Ermessen überlassen ist, es dessen ungeachtet keine gebe, welche von seiner Willkühr abhängig gemacht sind. [5])

In der Türkei, wo die Rechtskunde keine Wissenschaft ist, wo der Bascha erkennen kann, wie es ihm beliebt, wenn ihm höhere Befehle nicht hindern, sieht

früher die geschriebene Vernunft des römischen Rechts, als die Analogie des Napoleonischen zur Anwendung zu bringen. Dies letzte scheint H. Sp., als sich von selbst verstehend, vorausgesetzt zu haben. Hiernach wären also, obgleich in den Worten verschieden, die Mackeldeysche und Spangenbergsche Meinung eine und dieselbe, und wie ich bereits bemerkt, nach meiner Einsicht, die richtige. Vergl. Gönner, Archiv für die Gesetzg. u. Reform des jurist. Stud. 1 B. Heft 1. Nr. 9. Dabelow, Archiv für den C. N., St. 1. S. 20. f. Crome und Jaup, Germanien. B. 2. Heft 1. Nr. 5. B. 2. H. 2. S. 283. B. 3. H. 3. Nr. 20. (Schrader's u. Pfeiffers Meinungen.) — Ueber den Werth rechtlicher Gewohnheiten nach dem C. N.: Abhl. des Trib. R. v. Hartmann zu Osnab. in Oesterley's Mag. B. 3. St. 3. S. 336. — Es läßt sich nicht leugnen, daß eine genauere gesetzliche Bestimmung, entweder in der Constitution, oder in dem Publications-Decrete, zu wünschen gewesen wäre. Wir hatten nicht die Discussionen des Ventose-Gesetzes, und bedurften daher jener.

5) Nichts kann einem Richter, bei dem heutigen Zustande der Gesetzgebung, wichtiger seyn, als diese Betrachtung. Der Richter würde sehr gewissenlos handeln, welcher bei seinen Aussprüchen nur berücksichtigen wollte, ob sie der Cassation unterworfen seyn könnten, oder nicht. — Diese kann freilich nur dann statt haben, wenn eine gesetzliche Vorschrift übertreten wurde. Dem Gewissen des Richters muß aber die geschriebene Vernunft so heilig seyn als Gesetze, obgleich ihre Uebertretung keine Cassation zur Folge hat. Vergl. Zachariä, l. c. Thl. 1. Einl. S. LXXXIV. — Catharinen's II. Instruct. für d. Gesetzcomm. Art. 107. 108. 112. 113. in Gönner's Archiv I. 3. S. 360.

man die Gerichtsunterthanen nur zitternd den Rechtsspruch fordern und empfangen. Weswegen erscheint man vor unsern Richtern nicht mit eben der Besorgniß? [6])

---

6) Der Friedensrichter ist eine wahrhaft väterliche Obrigkeit, und sein Posten einer der wichtigsten und heiligsten im Staate. Er verdankt sein Amt, in der Regel, seinen Mitbürgern (Constitut. Art. 44.), seine Pflicht ist es also vor allem andern, dieses Zutrauen zu rechtfertigen, welches nicht nur durch eine schnelle, uneigennützige Gerechtigkeitspflege, sondern auch durch ein liebevolles, väterliches Betragen geschehen muß. Unmöglich ist es also zu entschuldigen, wenn es Friedensrichter gab, welche so wenig Achtung gegen ihre Mitbürger hatten, daß, wenn sie im Familienrathe armer Bauersleute den Vorsitz führten, sie diese, an der Thüre, gleich Inculpaten, stehen ließen, statt sich mit ihnen väterlich an denselben Tisch zu setzen; wenn sie Angeschuldigte, die nicht gleich bekennen wollten, mit harten Worten, oder gar mit Schlägen, zusetzten. Dergleichen muß man als Ueberbleibsel alter Härte und Rohheit betrachten, hoffend, daß von solchem Geiste bald keine Spur mehr übrig seyn werde, wo es dann wahr seyn wird, daß auch in Deutschland kein unschuldiger Staatsbürger vor seinem Richter mit Besorgniß erscheine. Aber auf der andern Seite hat der Richter auch nichts mehr, als Vertraulichkeit mit denjenigen seiner Gerichtsuntergebenen, die mit ihm nicht auf derselben Stuffe der Bildung stehen, oder von denen ihn Dienstverhältnisse entfernen müssen, zu vermeiden. Ein Richter, der mit den Bauern seines Cantons Kegel schiebt, oder das Gasthaus besucht, wird sich schwerlich Ehrerbietung erwecken. Es ist ein solches Betragen eben so unanständig, als das eines Geistlichen, der Sonntags früh seine Pfarrkinder von der Kanzel zu erbauen glaubt, und an demselben Abend, in einen Adonis verwandelt, mit ihnen auf dem Tanzsaale herumwalzt. Weder das Kegelspiel, noch das Tanzen sind an sich unanständig; aber sie können es durch die Umstände werden. Der Mensch hängt am Aeußern, und versagt Ehrerbietung demjenigen, mit dem er in Vertraulichkeits-Verhältnissen lebt, oder der Handlungen vornimmt,

Weil sie in Geschäften bewandert sind, weil sie Einsichten und Kenntnisse haben, und sich stets für verpflichtet erachten, die Kenntnisse Anderer zu Rathe zu ziehen.

---

welche in zu großem Abstande mit der ernsten Würde seines Amts stehen. Unstreitig muß also ein großer Theil der öffentlichen Würde im Privat-Leben behauptet werden, sie ist ein Zeichen, daß man jene selbst achtet: plurimum interest quid esse magistratum putes: quam personam tibi imponas, quae sapienti viro ita aptanda est, ut perferatur. (Plinii epist. L. 1. ep. XXIII.) Daher kann auch in den höhern Ordnungen des Richterstandes ein vertrauter Umgang mit den Anwälten (obgleich diese billig stets von ihren Richtern väterliche Sorgfalt für ihr Bestes erwarten dürfen) der guten Sache und dem richterlichen Ansehen sehr schaden. Ein Richter, welcher sich von den Procuratoren seines Gerichts bewirthen läßt, mit ihnen fröhlich scherzt, tritt dadurch in Verhältnisse, die, wenn sie auch der unparteiischen Gerechtigkeitspflege nicht schaden, doch dieses zu thun das Ansehen gewinnen können. Sind daher gleich die Zeiten nicht mehr, wo es den höhern Gerichtspersonen ziemte „stets in langer, zierlicher Kleidung und vestito romano senatore digno, von einem Diener begleitet" (Reichs-Cammerger. Ord. Thl. 1. Tit. 9.) einherzuschreiten; so ist doch sehr wahr, was Gönner (Handbuch des deut. gem. Proc. 2te Aufl. 1 Band. S. 61.) sagt: „Was über Verhältniß der richterlichen Personen unter sich und mit Procuratoren, ihre Recusation, ihre Pflichten auf unparteiische Justiz (in den Reichsgesetzen) verordnet ist, hat seinen Grund im Begriffe des Richteramts, und macht, wegen der Allgemeinheit seines Grundes, auch Quelle des gemeinen Processes. Insbesondere gehört hierher die Verordnung über Wohnung und Umgang der Justizräthe mit den Advocaten. Selbst ein verdienstvoller Mann aus dem Advocatenstande gesteht, daß der vertraute Umgang der Justizräthe mit den Advocaten der Justiz sehr nachtheilig sey (Haas Vorschl. z. Verbesser. d. Justizwesens am Cammerg. Thl. I. S. 278. Thl. II. S. 648.)." Gewiß werden überall einsichtsvolle Mitglieder jenes ehrwürdigen Standes

Man glaubt es kaum, wie sehr diese Gewohnheit, wissenschaftliche Untersuchungen anzustellen, die Gewalt mäßigt und ordnet. [7])

Um die Berechtigung des Richters, welche wir ihm einräumen, über Rechtsverhältnisse, die von den Gesetzen nicht bestimmt wurden, zu entscheiden, zu bestreiten, führt man an, daß jeder Staatsbürger die Befugniß habe zu verlangen, nur nach bereits verkündeten und bestimmten Gesetzen gerichtet zu werden.

Dieses Recht läßt sich nicht verkennen, aber um es anzuwenden, muß man unter peinlichen und bürgerlichen Angelegenheiten unterscheiden. Das peinliche Recht, sich nur auf gewisse, bestimmte Handlungen beziehend,

---

(ehrwürdig allerdings, wenn er in seiner ganzen Reinheit erscheint: denn nicht minder ehrenvoll ist es, den Bürger zu vertheidigen, als ihm Recht zu sprechen) derselben Meinung seyn, und den Richter tadeln, der jene Grundsätze aus den Augen setzt. — R. Cam. G. Ord. Thl. 1. Tit. 19. § 6. u. 7.

7) Nichts erregt daher mehr das Mißtrauen der Parteien, als die schreckliche Gewohnheit einiger Gerichte Deutschlands, ihre Aussprüche, von allen Gründen entblößt, als Orakel, mitzutheilen, dem unterliegenden Theile die traurige Beschäftigung überlassend, die Beweggründe selbst ausfindig zu machen. Ich halte ein solches Verfahren für einen richterlichen Despotismus, welcher eben so sehr dem Geiste der deutschen Gesetzgebung, als der Zeit widerstrebt. Hält es doch der König Westphalens selbst für nützlich, die Gründe seiner Beschlüsse ausführlich mitzutheilen; er, der keine Rechenschaft davon abzulegen hat, und Richter wollten es nicht thun, welche diese Rechenschaft abzulegen allerdings verpflichtet sind? Nach meinen Grundsätzen können die Entscheidungs-Gründe eines Erkenntnisses nicht zu ausführlich entwickelt seyn. Sie enthalten den Beweis der gewissenhaften Sorgfalt des Richters.

hat beschränkte Gränzen; nicht so das bürgerliche Recht. Dieses umfaßt alle Handlungen und alle die mannichfachen, verwickelten Verhältnisse, die der Gegenstand eines Rechtsstreits unter Menschen, welche in einer bürgerlichen Gesellschaft leben, werden können. Aus dieser Ursache können die peinlichen Angelegenheiten der Gegenstand einer Vorherbestimmung werden, deren die bürgerlichen Sachen nicht empfänglich sind.

Auch hat bei diesen der Streit stets zwischen zwei oder mehrern Bürgern statt. Eine Streitfrage, welche ein Eigenthum oder jeden andern Gegenstand zum Vorwurfe hat, darf unter den streitenden Theilen nicht unentschieden bleiben; es muß nothwendig ein Urtheil gefällt, und der Streit, auf irgend eine Weise, beendigt werden.

Was thut der Staat, wenn die Parteien sich nicht selbst vereinigen können? In der Unmöglichkeit ihnen über alle Gegenstände Gesetze zu geben, biethet er ihnen in der Obrigkeit einen aufgeklärten und unparteiischen Schiedsrichter an, dessen Ausspruch sie verhindert, es zu Thätlichkeiten kommen zu lassen, und der ihnen gewiß unendlich mehr Vortheil schaffen kann, als ein langer Rechtsstreit, dessen Folgen und Ende sich nicht berechnen lassen.

In den peinlichen Angelegenheiten hingegen hat der Streit zwischen dem Bürger und dem gemeinen Wesen statt. Der Wille des gemeinen Wesens kann aber lediglich durch ein Gesetz kund gethan werden. Derjenige Bürger, dessen Handlungen keine gesetzliche Vorschrift verletzen, darf daher auch im Namen des gemeinen Wesens weder beunruhigt, noch angeklagt werden. Man ist nicht allein in diesem Falle nicht gezwungen zu urtheilen, sondern es giebt nicht einmahl einen Gegenstand der

Entscheidung. Das Gesetz, welches die Anschuldigung begründen soll, muß früher gegeben seyn, als die angeschuldigte Handlung statt hatte. Der Gesetzgeber darf nicht strafen, ohne vorher gewarnt zu haben: wäre es anders, so würde das Gesetz, seinem vorzüglichsten Zwecke entgegen, nicht den Vorsatz haben, die Menschen zu bessern, sondern sie unglücklicher zu machen; welches dem Wesen der ganzen bürgerlichen Einrichtung widerspräche.

In peinlichen Angelegenheiten also, wo nur ein bestimmtes vorhergegangenes Gesetz des Richters Einwirkung begründen kann, bedarf man genauer Gesetze, keiner erklärenden und ergänzenden Rechtswissenschaft (Jurisprudence). [8]) In bürgerlichen Angelegenheiten ist es

---

8) Es versteht sich von selbst, daß dieser Ausspruch nur in Ländern, die, wie Frankreich, ein alle Verbrechen umfassendes peinliches Gesetzbuch haben, Gültigkeit haben kann. Bei uns ist bis jetzt das Gegentheil anzuwenden: wir haben fast gar keine anwendbare peinliche Gesetze, wohl aber eine sehr ausgebildete peinliche Jurisprudenz, die, in Ermangelung jener, statt derselben, anzuwenden ist; welcher Umstand einen großen Theil der Sicherheit, die für die Staatsbürger aus dem neuen Criminal-Verfahren erwächst, wieder vernichtet, indem der Richter, nach ausgesprochenem „schuldig," einen zu großen Spielraum in der Anwendung der peinlichen Jurisprudenz behält. Doch dieses wird mit der Erscheinung des neuen Straf-Gesetzbuches verschwinden.

Uebrigens wäre es sehr interessant gewesen, wenn die Schriftsteller über das neue französische und westphälische Verfahren in peinlichen Sachen eine Vergleichung dieses mit den englischen Quellen angestellt hätten. — Eine gewiß sonderbare Erscheinung, daß, während der Continent die Maximen der englischen Politik auf das äußerste bekämpft, ein großer Theil desselben, Gesetze, oft wörtlich den englischen nachgebildet, sich zu eigen macht. Daß dieses mit dem Verfahren in peinlichen Sachen der Fall sey, kann niemand

ganz verschieden: hier ist eine Rechtswissenschaft unentbehrlich, weil es unmöglich ist, zum voraus über alle Gegenstände durch Gesetze zu bestimmen, und weil es nothwendig ist, unter den Bürgern Streitigkeiten zu beendigen, die man nicht unentschieden lassen kann, ohne die Parteien zu zwingen, Richter in ihren eigenen Sachen zu werden, und ohne zu vergessen, daß die Gerechtigkeitspflege die erste Schuld des gemeinen Wesens ist.

---

fremd seyn, welcher nur einigermaßen den englischen peinlichen Proceß, und die dabei zur Anwendung kommenden Grundsätze kennt. So ist z. B. die Regel, daß die Geschwornen nach ihrer innern Ueberzeugung, und nicht nach Beweisen, im Sinne des Civil-Rechts, zu urtheilen haben, ganz englisch. S. Constitution de l'Angleterre, par Delolme, cap. X. „C'est un principe établi, qu'un Juré, en déliverant son opinion, ne doit avoir d'autre regle, que son opinion elle-même, c'est-à-dire, que la croyance qui résulte, dans son esprit, des faits respectivement allégués, de leur crédibilité, de celle des témoins, et même de toutes les circonstances, dont, en son particulier, il peut avoir connaissance. Voici comment s'exprime le Chief justice Hale dans son histoire de la commune loi, chap. 12. § 11. „Les Jurés doivent peser la crédibilité des témoins, et la force et efficace de leur dépositions, en quoi ils ne sont pas précisement obligés de suivre les regles de la loi civile, par exemple d'avoir deux témoins pour prouver . . . .," ni de rejetter un témoin parce qu'il est seul." So ist auch der Grundsatz, daß es keine Criminal-Jurisprudenz, sondern nur Criminal-Gesetze, geben müsse, ganz englisch. S. über diese ganze Materie, Delolme l. c. cap. IX. X. XI., und man wird sich von der größten Aehnlichkeit unsers und des englischen Criminal-Verfahrens überzeugen. — So nimmt ein wahrhaft großer Gesetzgeber selbst Institute der Feinde des Staats in seinem Lande auf, wenn es jene Institute verdienen! Vergl. Catharinen's II. Instruct. Art. 119. 120. 152. a. a. O.

Gestützt auf den Grundsatz, daß die Richter den Gesetzen gehorchen müssen, und daß es ihnen verbothen sey, sie auszulegen, verwiesen in den letztern Zeiten die Gerichte jedesmahl die Parteien an die gesetzgebende Gewalt, wenn sie zur Entscheidung des gegebenen Falles kein Gesetz vorfanden, oder wenn es ihnen dunkel schien. Das Cassations-Gericht hat einen solchen Mißbrauch stets als eine Verweigerung der Gerechtigkeitspflege betrachtet.

Es giebt zwei Arten der Gesetzes-Auslegung. Zu der einen gelangt man auf dem Wege der Wissenschaft, zu der andern durch die Staatsgewalt.

Die erste Auslegungs-Art besteht darin, daß man sich bestrebt, den wahren Sinn der Gesetze zu ergründen, [9]) sie mit Klugheit anzuwenden, und sie in dem Falle zu ergänzen, wo sie keine Regeln darbiethen. Wie könnte man ohne diese Art der Auslegung die Möglichkeit der Ausübung des Richter-Amts begreifen?

Die Auslegung durch die Staatsgewalt äußert sich in der Auflösung streitiger Rechtsfragen durch Verordnungen oder allgemeine Vorschriften (réglemens ou dispositions générales). Diese Art der Auslegung ist es lediglich, welche dem Richter untersagt ist. [10])

---

9) In omnibus legibus solam spectari oportet scribentis voluntatem. Verba enim ambigua et in plures intellectus ducta sunt: scribendarum legum caussa voluntas fuit.“ Quintil. declam. 317.

10) Obiges erklärt vollständig den Art. 5. des C. N., welchem man hin und wieder eine ganz falsche Deutung gegeben hat. Es sollte durch ihn die Gewohnheit der Parlamente, die Gesetze durch gemeine Bescheide zu erklären, den neuen Gerichten verbothen werden. Beschlüsse hingegen, welche die Policei und den Geschäfts-Gang der Gerichte betreffen, kön-

Spricht das Gesetz deutlich, so muß es befolgt werden; ist es dunkel, so muß man seine Vorschrift zu ergründen suchen. Fehlt ein Gesetz, so muß man den Gebrauch oder die Billigkeit befolgen. Die Billigkeit ist hier die Rückkehr zum Gesetz der Natur, wenn die bestimmten Gesetze schweigen, sich widersprechen, oder dunkel sind.

Es würde ein sehr gefährlicher Grundsatz seyn, den Richter zwingen wollen, zum Gesetzgeber seine Zuflucht zu nehmen: dieß hieße unter uns von neuen die unglückbringende Gesetzgebung der Rescripte einführen. 11) Denn tritt der Gesetzgeber dazwischen, um in Rechtssachen zu entscheiden, die unter den Staatsbürgern bereits entstanden sind, und lebhaft betrieben werden; so ist er um nichts mehr gegen Ueberraschungen gesichert, als die Gerichte selbst. Man hat unendlich viel weniger das Regeln unterworfene, schüchterne und umsichtige Ermessen eines Richters, dessen Ausspruch abgeändert werden kann, und welcher der Syndicatsklage unterworfen ist, zu fürchten, als die unumschränkte Willkühr einer

---

nen diese, doch nur mit Genehmigung des Justizministers, öffentlich bekannt machen. Eine solche Genehmigung ist nothwendig, damit, besonders gleich nach den ersten Installationen, wo es den Gerichten noch selbst an Geschäftskenntnissen fehlt, solche Mißgriffe vermieden werden, als die waren, wovon die weitschweifigen gemeinen Bescheide in manchen öffentlichen Blättern vollgültige Proben darbothen, und wodurch man sich eine Wichtigkeit beizulegen suchte, die, auf diesem Wege, nicht erreicht werden konnte.

11) Es ist daher eine sehr tadelnswerthe Tendenz, eine Erklärung des Gesetzes für einen vorliegenden Fall zu verlangen. Der Richter erkläre selbst; aber nur für den einzelnen Fall: das Gesetz giebt ihm diese Gewalt.

unabhängigen Gewalt, welche sich gegen niemand zu verantworten die Verpflichtung hat. [12])

Die Parteien, welche unter einander über Gegenstände verhandeln, die das bürgerliche Gesetz nicht bestimmt, unterwerfen sich dem Herkommen, und ist auch ein solches nicht vorhanden, den Gesetzen der allgemeinen Billigkeit. Nun ist aber die Bezeugung des Daseyns eines Herkommens und dessen Anwendung auf eine bürgerliche Streitigkeit eine richterliche, und keine gesetzgebende Handlung. Selbst die Anwendung jener Billigkeit und ausspendenden Gerechtigkeit, welche in jedem einzelnen Falle die mannichfachen Fäden zu verfolgen verpflichtet ist, wodurch der eine der streitenden Theile an den andern verknüpft wurde, kann nie dem Gesetzgeber angehören, der lediglich Ausspender jener allgemeinen Gerechtigkeit und Billigkeit seyn muß, welche, ohne Rücksicht auf besonders obwaltende Verhältnisse, die Allgemeinheit der Personen und Sachen umfaßt. Gesetze, über Privat-Sachen erlassen, würden daher oft der Parteilichkeit verdächtig, und stets für diejenigen ungerecht seyn, deren Streitsache sich vor der Verkündigung eines solchen Gesetzes angesponnen hätte.

Auch würde ein solches Wenden an den Gesetzgeber dem Rechtsuchenden schädlichen Aufschub veranlassen,

---

12) S. Grollmann's ausf. Handbuch des C. N. 1 Thl. S. 42. III. Von dem Verhältnisse der Gesetze zu den Richtern: woselbst dieser Gegenstand, mit der jenem Rechtsgelehrten eignen Gründlichkeit, erörtert ist. — Nicht genug kann jenes Werk Richtern und Sachwaltern empfohlen werden, in welchem der Geist der französischen Gesetzgebung völlig klar erscheint.

und, was noch schlimmer ist, es würde die Weisheit und Heiligkeit der Gesetze aufs Spiel setzen. [13])

Das Gesetz verordnet für Alle; es betrachtet die Menschen im Ganzen, und nie im Einzelnen: es darf sich daher nicht in die einzelnen Streitigkeiten mischen, welche die Staatsbürger entzweien. Wäre es anders, so müßte man stets neue Gesetze machen, ihre Menge würde ihrer Würde und Beobachtung schaden. Der Rechtsgelehrte würde ohne Beschäftigung seyn, und der Gesetzgeber, durch das Einzelne hingerissen, würde die Rolle eines Rechtsgelehrten übernommen haben. Bestürmt von Parteien, welche die Entscheidung besonderer Rechtsverhältnisse verlangten, würde die gesetzgebende Gewalt beständig der Sorgfalt für das allgemeine Wohl entzogen seyn. Es giebt eine Wissenschaft für den Gesetzgeber, wie es eine für den Richter giebt, und beide gleichen sich keinesweges. Die Wissenschaft des Gesetzgebers besteht darin, für jede Materie diejenigen Grundsätze ausfindig zu machen, welche dem gemeinen Besten am meisten entsprechen: es ist des Richters Wissenschaft, diese Grundsätze in bestimmten Fällen zur Handlung zu bringen, und durch eine weise und vernünftige Anwendung zu erweitern; den Geist des Gesetzes zu erforschen, wenn sein Buchstabe tödtet, um sich nicht der Gefahr auszusetzen, wechselweise Knecht und Empörer und aus Unterthänigkeit ungehorsam zu seyn. [14]).

---

13) Obiges erklärt völlig den Art. 4. des C. N.

14) Es giebt Richter und Ausleger der Gesetze, welche dadurch zu zeigen glauben, daß sie gänzlich von dem Geiste der neuen Gesetzgebung ergriffen sind, daß sie stets den Buchstaben desselben vor Augen haben. Ein falscher Grundsatz: noch mehr als die alte Gesetzgebung ladet die neue dazu ein, den

Es ist nothwendig, daß der Gesetzgeber über die Rechtswissenschaft wache: er kann von ihr Aufklärungen erhalten, er kann sie von seiner Seite verbessern; aber eine Rechtswissenschaft ist nothwendig. Bei der unermeßlichen Menge von Gegenständen, welche die bürgerlichen Verhältnisse bilden, und deren Entscheidung, in den mehrsten Fällen, weniger durch die Anwendung eines bestimmten Gesetzes, als aus der Vergleichung mehrerer Vorschriften, (die mehr zum Urtheil führen als dasselbe enthalten) gefunden wird, kann man eben so wenig einer Rechtswissenschaft als der Gesetze selbst entbehren. Der Rechtswissenschaft also überlassen wir jene seltenen und außerordentlichen Fälle, welche nicht in den Entwurf einer zweckmäßigen Gesetzgebung passen, Einzelnheiten, welche zu veränderlich und zu streitig sind, als daß sie den Gesetzgeber beschäftigen könnten, alle jene Gegenstände, welche voraus zusehen man sich unnützer Weise anstrengen würde, und die eine voreilige Vorhersagung nicht ohne Gefahr würde entscheiden können.

Der Erfahrung kömmt es zu, allmählig die Lücken der Gesetzgebung auszufüllen. Die Gesetzbücher der Völker verfertigt die Zeit, aber, eigentlich zu reden, man verfertigt sie nicht. [15])

---

Geist des Gesetzes bei der Anwendung der Gesetze zu ergründen zu suchen. Nur wo das Gesetz Förmlichkeiten bei Strafe der Nichtigkeit vorschreibt, müssen diese buchstäblich befolgt werden. Hier treten andere Rücksichten ein.

15) Es ist unmöglich, auf eine bündigere und schönere Weise den Geist darzustellen, in welchem das Gesetzbuch Napoleons abgefaßt ist, als hier geschah. Derjenige, welcher von diesem Geiste durchdrungen ist, wird nie darüber streiten, ob

das Gesetzbuch Napoleons oder das preußische Landrecht den Vorzug verdiene. Beide sind nicht mit einander zu vergleichen, indem sie von ganz verschiedenen Gesichtspuncten ausgehen. Das erstere entscheidet mehr durch allgemeine Vorschriften, und überläßt die Anwendung derselben auf einzelne Fälle dem Richter; das andere sucht auch diese einzelnen Fälle auf, und entscheidet sie zum voraus, dem Richter nur das Verdienst der Anwendung lassend. Das Gesetzbuch Nap. versetzt uns gewissermaßen wieder in die Zeiten der Verfasser der Pandecten-Fragmente, wo der Gesetze wenige, die Jurisprudenz aber unermeßlich war. Unstreitig verlangt die Napoleonische Gesetzgebung Richter, welche sich durch ein gründliches Forschen in der Philosophie mit dem Gesetzgeber selbst in eine Sphäre zu versetzen suchten, um ihm gleichsam seine Geheimnisse abzulauschen. Zur Anwendung eines Gesetzbuchs, welches die meisten Fälle im Einzelnen entscheidet, genügt mehr eine historische Kenntniß dieser einzelnen Entscheidungen. — Beide Gesetzgebungen haben also ihr Gutes; beide ihre bedenkliche Seiten. Die Erfahrung entscheide! Vergl. Grollmann's ausf. Handbuch des C. N. Thl. 1. S. 55. f.f. Gönner's Abhandl. über das vorige und zukünftige Verhältniß der Doctrin zur Legislation. Archiv II. 2. S. 238.

# I.

# Zeugenbeweis.

Darf unter der Herrschaft des Gesetzbuchs Napoleons, ungeachtet des Artikels 1341, der Zeugenbeweis zugelassen werden, wenn der zu beweisende Vertrag zu einer Zeit abgeschlossen wurde, wo der Zeugenbeweis zulässig war?

Erstreckt sich das Verboth des Zeugenbeweises auch auf Thathandlungen dritter Personen, welche nach abgeschlossenem Contracte sich ereigneten?

---

Noch lange Zeit werden die Hörsäle der Gerichtshöfe von den Streitigkeiten wiederhallen, welche der Uebergang von der alten zu der neuen Gesetzgebung unter den Staatsbürgern veranlaßt. Nur zu sehr ist der Mensch geneigt, dasjenige vortrefflich zu finden, was ihm Vortheil bringt: wenig darauf achtend, ob der Grundsatz, den er für sich zur Anwendung bringen will, zum allgemeinherrschenden Gesetz erhoben, schade oder nütze. Schmeichelt dem Eigennutze die neue Satzung, in einem vorliegenden Falle, dann kann nicht genug ihre hohe Weisheit und des Gesetzgebers Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft umfassender Geist gepriesen werden. Gern möchte man des Gesetzes Wirkung

dann bis zu den spätesten Zeiten zurückführen, so wie man ihr ewige Dauer wünscht. Verletzt aber das Gesetz leider Vortheile, die man bereits zu seinem Eigenthume gemacht zu haben glaubte, dann muß es so einschränkend als thunlich erklärt, jede rückwirkende Kraft muß ihm geraubt werden; und, gleichwie man ihm ein baldiges Ende wünscht, so möchte man gern Zeit und Raum seines wirkenden Daseyns in die engsten Gränzen einschränken. So will es die Eigensucht der menschlichen Natur, die sich nirgend deutlicher als in gerichtlichen Zänkereien ausspricht, und welche, so wie sie im Allgemeinen die Haupttriebfeder derselben ist, sich besonders in solchen zu Tage legt, bei welchen die sogenannte transitorische Jurisprudenz zur Anwendung kömmt. Der gegenwärtige Fall gehört, in seinem ersten Theile, zu den transitorischen.

Die Vorschriften des Gesetzbuchs Napoleons, abgefaßt um in einem Jahrhunderte zu wirken, in welchem man über Laster zu lachen und die Gewissenlosigkeit „Zeitgeist" zu nennen pflegt, *) mußten nothwendig darauf berechnet werden (sollten sie anders den Zweck, die Bessern zu beschützen und Rechtsstreitigkeiten zu verhindern, erreichen), daß der Mensch jetzt leider nur zu

---

*) Tacitus sagte von Germanien: „Nemo illic vitia ridet: nec corrumpere et corrumpi saeculum vocatur." — Wie lange schwanden jene Zeiten!

oft, habsüchtig und zum Truge geneigt sey[1]). Daher so manche der Vorschriften, so manche Vorsichtigkeitsmaaßregel des Gesetzes, welche zu andern Zeiten, in andern unschuldigen Regionen, unerhört gewesen seyn würden; Vorschriften, die, weil man sie nicht nöthig erachtet hatte, selbst (wie z. B. das Bezeichnen der Seiten der Register des Personen-Standes) anfangs, in unsern Gegenden, unverständlich waren. Dieser Geist des Gesetzes, öfter bestimmt ausgesprochen durch die Redner der Regierung in den amtlichen Entwicklungen, (lobenswerth, da das Gesetz den Ort und die Zeit, in welchen es wirken soll, vor allem andern, vor Augen haben muß) machte denn auch, daß es sehr wenig Werth auf die Aussagen von Zeugen legte[2]). Den treuen, stummen Buchstaben traute

---

1) „Il eût été imprudent de ne pas maintenir aujourd'hui des mesures que la mauvaise foi des hommes a depuis si long-temps fait regarder comme indispensables." Exposé des motifs du C. N. T. V. p. 94. — „on a cru que la corruption des moeurs avoit encore plus augmentée que la valeur numérique des espèces." Maleville, analyse, ad art. 1341. C. N.

2) In Frankreich war dieses schon früher der Fall. „On employoit en suite (nachdem die Beweisarten des Mittelalters, Gottesurtheile, abgeschafft waren) la preuve vocale et l'écriture: mais la corruption devint si grande, que la première fut presque anéantie par l'art. 54. de l'ordonnance de Moulins; cet article veut que toute convention excédant 100 liv. soit redigée par écrit, et qu'aucune preuve testimoniale ne soit admise contre et outre cet

es mehr, als den wandelbaren, redenden Menschen. Kaum daß es einer großen Anzahl vereinigter Zeugen, in einigen Fällen, (z. B bei Notorietäts-Acten, Testamenten) eine bedeutende Kraft beilegt. Sonst, in der Regel, können Zeugen nur zum Beweise geringfügiger Anforderungen vorgeführet werden [3].

„Ueber alle Gegenstände, welche die Summe oder den Werth von hundert und funfzig Franken übersteigen," sagt der 1341ste Art. des C. N., „selbst bei freiwilligen Hinterlegungen, muß eine Urkunde vor Notarien oder unter Privat-Unterschrift aufgenommen werden, und es wird so wenig gegen den Inhalt einer Urkunde, oder über Neben-Verabredungen, als

---

écrit. L'ordonnance de 1667. art. 2. tit. 20. a adopté et modifié ce principe en certains cas. Depuis on en a fait une sévère application, chaque fois qu'on a pu se procurer une preuve par écrit; autrement on applique la regle: impossibilium nulla obligatio est. L. 185. D. de regul. iur." Jurisprudence du C. N. T. III. S. 244. Merlin, Répertoire universel. T. XI. pag. 629. seqq.

3) Nur die harte Nothwendigkeit, und ein Rest von Glauben an die Menschheit, hat die Zeugen, in Frankreich, in Criminal-Sachen zugelassen. „On n'admet en justice criminelle les preuves vocales, que parcequ'il y a nécessité. Les crimes se commettent dans les ténèbres; il n'y a, le plus souvent, d'autres preuves possibles que celles qui sont données par les témoins: le faux témoignage contre un accusé est un forfait si atroce, que la loi a moins à craindre ce dernier degré de perversité." Exposé des motifs du C. N., T. V. p. 94.

über Aeußerungen, welche vor, bei oder nach deren Aufnahme vorgekommen seyn sollen, irgend ein Zeugenbeweis zugelassen, selbst wenn von einer Summe oder einem Werthe unter hundert und funfzig Franken die Rede wäre."

Findet diese Vorschrift auch bei dem Beweise solcher Rechtsgeschäfte statt, welche vor der Einführung der Napoleonischen Gesetzgebung eingegangen waren? — Ist sie auch auf Thatumstände anzuwenden, wodurch eine schriftlich eingegangene Verpflichtung abgeändert oder aufgehoben wird? — Dieß waren die Fragen, von deren Beantwortung die Entscheidung einer Sache abhing, welche am 19ten Januar 1811 vor der zweiten Section des Appellationshofs verhandelt wurde, und die folgenden Thatumständen ihre Entstehung zu danken hatte.

Der Oeconomie-Verwalter Crone zu Mackensen, Districts Einbeck, (Kläger und Appellant) hatte bei dem General-Pächter Stolten zu Holle, Districts Goslar (Beklagten und Appellaten), eine lange Reihe von Jahren den Amtshaushalt geführt, als dieser jenem, laut eines Schreibens vom 27sten Juni 1799, den Entschluß äußerte, eine Veränderung mit dem Verwalterdienste vornehmen und ihn entlassen zu wollen, wobei er ihm jedoch, in eben dem Schreiben, versprach: „ihm, in Rücksicht, daß er seit so langer Zeit in dem Haus-

halte gedient, so lange als seine, des General-Pachters Stolte, Pacht dauern würde, und wenn Crone während dieser Zeit keine andere Stelle erhielte, jährlich 100 Rthlr. auszahlen zu wollen." Crone acceptirte dieses Versprechen, und verließ den Dienst.

Jetzt forderte Crone, durch eine bei dem Tribunal zu Goslar eingeleitete Klage, von Stolten das ihm versprochene Jahrgeld von fünf Jahren. So lange dauerte nämlich noch des Letztern Pacht. Dieser verweigerte die Bezahlung, aus dem Grunde, weil die auflösende Bedingung des Versprechens dadurch eingetreten, daß Crone, noch ehe er den Dienst verlassen, eine anderweite Versorgung gefunden habe. Crone leugnete diesen Umstand. Es erfolgte ein Interlocut des Tribunals, wodurch dem beklagten General-Pachter Stolte, welcher den Grund der Klage eingeräumt hatte, der Beweis der Einrede: daß Kläger eine andere Stelle erhalten, auferlegt wurde. Beklagter trat diesen Beweis durch Zeugen an, und übergab Beweis-Artikel. Das Tribunal ließ diesen Beweis zu, und verordnete die Abhörung der Zeugen. Hiergegen nahm der Beklagte die Appellation zur Hand, und suchte solche folgendermaßen zu rechtfertigen:

Die Frage, ob in der gegenwärtigen Sache der Zeugenbeweis zulässig wäre, sey von dem Richter der ersten Instanz bejahend beantwortet, indem er auf den Art. 2. des C. N. Bezug

genommen habe. Es wäre dieses Gesetz aber auf den gegenwärtigen Fall nicht anwendbar. Es entstehe nämlich hier die Frage: Ob über solche Handlungen der Zeugenbeweis zulässig sey, deren Gegenstand sich weit über 150 Franken belaufe, wo also der Art. 1341. C. N. den Zeugenbeweis verbiete. Die Lehre vom Beweise gehöre in das Gebiet der Proceß-Vorschriften: es habe aber die Proceßordnung, ohne unter Handlungen, die vor, und solchen, die nach der Einführung des C. N. statt hatten, zu unterscheiden, Art. 418., verordnet, daß das vorgeschriebene Verfahren, vom 1sten März 1809. an, in allen Processen zu beobachten, welche, von diesem Tage an, angebracht worden. Der gegenwärtige Proceß sey nach dem 1sten März 1809. angebracht, und die Proceßordnung lasse, unter ausdrücklicher Beziehung auf den Art. 1311 des C. N., nur dann den Zeugenbeweis zu, wenn das Gesetz ihn nicht untersage. Im gegenwärtigen Falle finde das verbietende Gesetz Anwendung, weil die Forderung über 150 Fr., weil sie 500 Rthlr. betrage.

Es trug hier der Anwalt des Appellanten fast dasselbe vor, welches in einer ähnlichen Sache vor einem französischen Tribunale, zur Unterstützung gleicher Behauptungen, vorgebracht wurde. „Der Zeugenbeweis," sagte man dort, [4]) „ist nach Vor-

4) Chabot de l'Allier, l. c. T. II. S. 183. Jurisprudence du C. N. T. VII. p. 475. seqq.

schrift des Art. 1341. C. N., welcher diese Art des Beweises, in Beziehung auf alle Summen, welche 150 Franken überschreiten, verbietet, nicht zulässig. Vergebens hat man angeführt, daß die Sardinischen Gesetze, unter deren Herrschaft die Parteien zur Zeit der Eingehung der Verpflichtung standen, den Zeugenbeweis über die in Frage stehenden Thatumstände zuließen, und daß, um ein Urtheil über die Rechtsbeständigkeit einer Verpflichtung zu fällen, es nothwendig sey, auf diejenigen Zeiten zurückzugehen, da die Verpflichtung eingegangen wurde; daß, da die Zulässigkeit des Zeugenbeweises eine stillschweigende Bedingung des Vertrages selbst gewesen sey, indem sie sich in einem bestehenden Gesetze befand, die Parteien auch sogleich das Recht erworben hätten, zu dieser Art des Beweises ihre Zuflucht zu nehmen, und daß, ihnen dieses Recht entreißen, ihre Verpflichtungen selbst antasten und dem Gesetze eine rückwirkende Kraft beilegen, hieße. Diese Grundsätze, welche in Anspruch genommen werden, können in dem gegenwärtigen Falle keine Anwendung finden, wo die Rede von einer Instructions-Form ist, von einem Zeugenbeweise; vielmehr ist es ein unbestrittener Grundsatz, daß zu jeder Zeit diejenige Instructions-Form beobachtet werden muß, welche in demjenigen Augenblicke gesetzlich ist, da die Klage angebracht wurde. Welches war denn die Ursache, weswegen der Zeugenbeweis über Gegenstände, so

die Summe von 150 Fr. übersteigen, verboten wurde? — Es war die Furcht vor der Bestechung der Zeugen; und ist es nicht klar, daß diese Gefahr in dem Augenblicke, wo die Zeugen vernommen werden, vorhanden ist? Die Gefahr ist auch gleich groß, die Zeugen mögen über Gegenstände, die sich vor oder nach der neuen Gesetzgebung ereigneten, aussagen."

Fast eben diese Gründe wurden, zur Rechtfertigung der Appellation, vor dem hiesigen Appellationshofe vorgebracht; der Anwalt des Appellanten ging sogar so weit, (nicht bedenkend, daß ganz specielle verbietende Gesetze entgegen standen) zu behaupten, daß wenn man, in der vorliegenden Sache, den Zeugenbeweis, und also eine alte Instructions-Form im neuen Processe, zulassen wollte, nichts entgegen stehen würde, daß man nicht auch die Supplication, die Restitution, die Leuteration und die Acten-Verschickung, ebenfalls alte Instructionsformen, annoch zulassen müsse.

Der appellatische Anwalt behauptete dagegen, mit Chabot de l'Allier, 5) daß es ein allgemeines, durch besondere gesetzliche Normen sanctionirtes Rechts-Princip sey, anzunehmen, daß jedes Rechtsgeschäft, jeder Vertrag, nach denjenigen Gesetzen beurtheilt werden müsse, die zu der Zeit herrschten, als das Geschäft oder der Vertrag statt ge-

5) l. c., T. II. S. 173.

habt hätten, oder abgeschlossen wurden, und nicht nach denen, welche zu der Zeit des Rechtsstreites gültig wären; daß es übel um die Sicherheit aussehen würde, welche die Parteien aus ihren Verträgen mit Recht erwarteten, wenn sie nicht die vorhandene, sondern eine zukünftige, ihnen noch unbekannte, Legislation vor Augen haben müßten; daß hier nicht von einer Proceßform, sondern von einem förmlichen, wohl erworbenen Rechte, die Rede sey; daß aber, wenn man auch fälschlich annehmen wollte, daß im vorliegenden Falle die neue Legislation Bestimmung geben könnte, selbst nach dieser, und namentlich nach dem Art. 1348. C. N., der Zeugenbeweis zulässig seyn würde, indem hier nicht von dem Beweise des Vertrages selbst, (dieser sey schriftlich abgefaßt) sondern von dem Beweise einer Thatsache die Rede sey, wodurch die in dem gethanen Versprechen liegende Verpflichtung ihre Endschaft erhalte. Wie denn diese Thatumstände füglich hätten in einem schriftlichen Act, auf eine glaubwürdige, beweisende Art, aufgenommen werden können? Die Paciscenten selbst könnten sich, bei der Abschließung ihrer Verträge zur Niederschreibung derselben verpflichten: wie denn dazu dritte Personen verpflichtet werden könnten? —

Der Appellant glaubte zwar, daß dieses sehr leicht thunlich gewesen wäre: der Appellationshof verwarf jedoch die Appellation, vorzüglich in der

Hinsicht, daß hier nicht von dem Beweise eines Vertrages, sondern eines Thatumstandes die Rede sey, durch den der schriftlich eingegangene Vertrag eine Modification empfangen habe; beantwortete aber auch zugleich die in den Zweifels-Gründen aufgestellte erste Frage.

Was nun diese anbetrifft, so läßt sich zwar keinesweges in Abrede stellen, daß die ganze Lehre vom Beweise zum Gebiete der Proceß-Gesetze gehöre, und daß es ein unumstößliches Axiom sey, daß die Formen der Instruction und des Processes von denjenigen Gesetzen bestimmt werden, welche zu der Zeit und an dem Orte, wo der Rechtsstreit geführt wird, verbindende Kraft haben. Auch geben diese Gesetze eine verbindende Norm für den Richter ab: er muß sie also, ohne alle weitere Rücksicht auf die Parteien und ihre vermeintlichen Rechte, eine andere Instructions-Form fordern zu können, anwenden.

Dieses alles ist sehr wahr, und kann vielleicht einen Augenblick täuschen. Unterscheidet man aber, wie man muß, die Art und Weise, wie bewiesen wird, (diese gehört unstreitig ganz in das Gebiet des Processes, und alles eben Gesagte findet darauf Anwendung) von den Beweismitteln selbst, so wird man sich sehr bald überzeugen, daß die letzten, da von ihnen der Gewinn und Verlust der Sache selbst abhängt, zu den wohlerworbenen Rechten der Parteien gehören, auf

welche (in der Regel) keine spätere Gesetzgebung Einfluß haben kann [6]).

Nach diesen Grundsätzen entschied auch der Appellationshof, und adoptirte die Jurisprudenz des französischen Cassationsgerichts in dieser Materie [7]).

Was die Beantwortung der **zweiten Frage** betrifft, so kann es keinem bedeutenden Zweifel unterworfen seyn, daß die Absicht des Gesetzgebers lediglich dahin gegangen sey, die Contrahenten zur Aufnahme schriftlicher Verträge, durch das Verbot

---

6) Merlin, répertoire universel, T. IX. p. 691. „On distingue deux sortes de formalitées judiciaires. Les unes appartiennent seulement à l'instruction, et ne frappent que sur la procédure, et il n'est pas douteux qu'à cet égard, on ne doive s'arrêter qu'à la loi du lieu (et du tems) ou on plaide. Mais il en est d'autres qui ont pour objet le fond même de la cause, et dont l'inexécution, non seulement annulle la procédure, mais encore anéantit absolument l'action. Or, il est de principe que la loi du lieu ou l'on plaide est indifférente pour tout ce qui regarde la décision du fond, et qu'il ne faut considérer à cet égard que la loi à laquelle l'action étoit soumise dès le principe, et avant d'être portée en justice.

S. 633. ff. stellt **Merlin** eben diese Grundsätze in Beziehung auf die Verschiedenheit der Gesetze **der Zeit**, wo der Proceß geführt wird, und der des eingegangenen Vertrages auf.

7) Arrêt vom 18. Nov. 1806., welches man an folgenden Orten abgedruckt findet: Répertoire universel p. Merlin T. XI. p. 634., Jurisprudence du C. N. p. Bavoux et Loiseau, T. VII. p. 479., Questions transitoires p. Chabot de l'Allier T. I. p. 183.

des Zeugenbeweises, zu vermögen, und so Processe zu verhindern, nicht aber, sie ihrer Rechte zu berauben, wenn diese nicht aus Verträgen, sondern aus Thathandlungen, entweder der Contrahenten, nach eingegangenem Vertrage, dritter Personen, oder aus zufälligen Ereignissen, herrührten. Ein Pachtcontract, dessen Object die Summe von 150 Franken übersteigt, muß unstreitig schriftlich eingegangen werden, und seine Existenz kann nicht durch Zeugen bewiesen werden: wer wird aber behaupten, daß zum Beweise einer Ueberschwemmung, wodurch das gepachtete Grundstück gänzlich zerstört, und also der Contract aufgelöst wurde, nothwendig schriftlicher Beweis erforderlich sey?

Ausdrücklich wurde daher von dem Redner der französischen Regierung, bei der Vorlegung der hier in Frage kommenden Vorschriften des C. N., bemerkt, [8]) daß solche sich nicht auf die Handlungen dritter Personeu bezögen. Hiermit stimmt auch ganz die Natur der Sache, und die französische ältere und neuere Jurisprudenz überein. [9])

---

8) Motifs du Code Nap. T. V. p. 94. „On doit observer que cette exécution de la preuve testimoniale ne s'étend ni aux cas de fraude, ni aux tierces personnes.

9) Merlin, l. c. p. 644. Maleville, analyse, ad art. 1341. „De toutes choses et non seulement des conventions.“ Les ordonnances disoient encore de toutes choses; cependant malgré cette expression générique on admettoit

## Urtheil.

Die zweite Section des königlichen Appellations-Hofes:

Nach Ansicht des 2ten, 1341sten und 1348sten Art. des Code Napoleon;

In Erwägung,

daß, wenn im vorliegenden Falle der Art. 1341. C. N. auch Anwendung finden könnte, (welches gleichwol keineswegs der Fall ist, indem ein jedes Rechtsgeschäft und seine Folgen nach derjenigen Gesetzgebung beurtheilt werden müssen, welche zur Zeit, als jenes abgeschlossen wurde, statt hatte, da von Niemand verlangt werden kann, daß er, um der Erfüllung eines von ihm eingegangenen Vertrages mit Sicherheit entgegen sehen zu können, Maasregeln ergreife, welche von den Gesetzen, die zur Zeit des abgeschlossenen Vertrags herrschten, nicht vorgeschrieben wurden; auch wenn gleich die Art, wie bewiesen wird, eine Instructions-Form ist, doch die Mittel, wodurch bewiesen werden kann, zu den acquirirten Rechten der Parteien zu zählen sind;

---

beaucoup d'exceptions à la regle générale; on tenoit particulièrement que la preuve des faits, celle de livraisons de denrées, du dol et de la fraude, n'étoit pas prohibé par la loi, et comme notre article ne fait que répéter la disposition des ordonnances, sans préscrire nommément les exceptions que la jurisprudence y admettoit, on peut croire qu'ils sont admisibles encore."

Dennoch hier der Zeugen-Beweis über den Umstand, ob die vom Appellaten behauptete Eintretung der Resolutiv-Bedingung statt gehabt habe, zulässig seyn würde, da über das in Frage stehende Rechts-Geschäft selbst eine Schrift vorhanden, die Beantwortung der Frage aber, ob, nach Abschließung des Vertrags, diejenigen Thatumstände eingetreten, durch welche jene Auflösung der Verbindlichkeit entstanden, nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob solche Umstände schriftlich verzeichnet seyen, oder nicht, indem das Gesetz nur verordnete, daß über alle Gegenstände, welche die Summe oder den Werth von 150 Franken übersteigen, eine Urkunde aufgenommen werden muß, und daß in solchen Sachen kein Zeugen-Beweis zugelassen werden soll, nirgend aber vorschreibt, noch billiger Weise vorschreiben konnte, daß auch diejenigen Thatumstände, wodurch schriftlich eingegangene Verpflichtungen abgeändert oder aufgelöst werden können, in einen schriftlichen Aufsatz gebracht werden sollten, vielmehr dergleichen, sich ohne beiderseitiges Zuthun der Parteien ereignende Umstände mit unter diejenigen Fälle zu reihen sind, von denen der Art. 1348. C. N. annimmt, daß es dem Gläubiger unmöglich war, sich darüber einen schriftlichen Beweis zu verschaffen;

In Erwägung ferner, daß die überreichten Beweis-Artikel dem rechtskräftigen Erkenntnisse des Tribunals zu Goslar d. d. 23ten Januar 1810

völlig angemessen, über die Norm des zugeschobenen Eides aber überall nichts aberkannt:

Erkennt,

daß vom Richter der ersten Instanz wohlgesprochen, übel aber appellirt, und verurtheilt den Appellanten in sämmtliche Kosten.

(19. Jan. 1811)

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Zesterfleth, Stromeyer, v. Strahlenheim, v. Beulewitz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellations-Richter.

---

## II.

# Moratorien.

**Kennt die Gesetzgebung Napoleons Moratorien?**

**Finden sie noch jetzt in Westphalen Anwendung?**

**Haben Moratorien, welche fremde Landesfürsten ihren Unterthanen ertheilten, in Westphalen Wirkung?**

Sowohl die römische,[1] als die ältere französische[2] Legislation kannte den Gebrauch der von dem Landesfürsten ertheilten Anstandsbriefe, oder Mo-

1) L. 4. Cod. de precibus Imp. offer. (I. 19.) — I. H. Bœhmeri exercit. de literis respirationis, earumque validitate et invalid., in exerc. ad D., T. III. p. 153. — Muhl's practische Beiträge zu der Rechtslehre von den Moratorien. Manheim, 1798. 2 Bde.

2) Die Ordonnance von Franz I., de ao. 1535. verordnet, daß die Befugniß, Moratorien zu ertheilen, nur dem Könige zustehen solle. Nachher maßten sich dieses Rechts die Gerichtshöfe an. Die Ordonnance vom Monat August 1669, Tit. 6. Art. 1., verordnete darauf von neuen, daß kein Gericht Moratorien ertheilen solle, jedoch behielten die Richter die Befugniß, Zahlungsfristen, bis zu dem Zeitraume von drei Monaten, zu ertheilen. Diese Verordnung ist die Quelle des Art. 1244. C. N. — Merlin, répert. T. XI. p. 181. s. v. Repit.

tatorien. Auch in Deutschland war ihr Gebrauch nicht selten. Die neueste französische Gesetzgebung hingegen kennet sie nicht; denn wenn gleich der Art. 1244. C. N. verordnet: daß die Richter, mit Rücksicht auf die Lage des Schuldners, mäßige Zahlungsfristen gestatten können: so ist ihnen doch keinesweges durch diese Befugniß, deren sie sich, nach der Vorschrift des Gesetzes, nur mit großer Vorsicht zu bedienen haben, die Erlaubniß gegeben, förmliche Moratorien zu ertheilen; vielmehr hat das Gesetz nur die Absicht, die in dieser Materie längst vorhanden gewesene römische Legislation, [3]) von neuen zu sanctioniren. In Frankreich sind, seit der Revolution, die Anstandsbriefe gänzlich außer Gebrauch gekommen. Man glaubte, daß es dem Souverain nicht erlaubt seyn könne, wohlerworbene Rechte eines Staatsbürgers in ihrer Wirkung zu hemmen. [4])

Die Frage, ob in Westphalen der König, nachdem der Code Napoléon gesetzliche Kraft er-

---

3) L. 45. § 10. D. de jure fisci. Fiscalibus debitoribus petentibus ad comparandam pecuniam dilationem negare non placuit: cujus rei aestimatio ita arbitrio judicantis conceditur: ut in majoribus summis non plus quam tres menses; in minoribus autem non plus quam duo prorogentur; prolixioris autem temporis spatium ab Imperatore postulandum est.

4) Merlin l. c. „Il est inutile de retracer les dispositions de ces lois, parce que l'usage des lettres de repit a entièrement cessé en France depuis l'an 1791."

halten, Anstandsbriefe ertheilen könne, glaube ich bejahen zu müssen, da die französische Legislation, außer dem C. N., nicht die unsrige geworden ist; da dieses Gesetzbuch dem Landesfürsten dieses Recht nirgend nimmt, sondern es nur unberührt läßt; und da, in einzelnen Fällen, Anstandsbriefe, wenn sie mit großer Vorsicht ertheilt werden, nicht nur zum allgemeinen Besten, sondern selbst zum Vortheile der Gläubiger des befristeten Schuldners, dienen können. Solche Ansicht scheint von diesem Gegenstande auch die Westphälische Regierung zu haben. 5) So gewiß es aber ist, daß Privilegien nur ihre Wirkung in dem Gebiethe desjenigen Landesfürsten, welcher sie ertheilte, äußern können; eben so gewiß ist es auch, daß Moratorien den befristeten Schuldner nicht vor den Verfolgungen auswärtiger Gläubiger sicher stellen können, sobald diese außer den Gränzen des Staats, welcher das Moratorium ertheilte, Gegenstände finden, die ihrem Schuldner gehören, und der Execution unterworfen werden können. Die gesetzgebende Gewalt eines Landes-

---

5) Decret vom 20sten Januar 1809, welches die Streitigkeit über das dem Metzger Briehl zugestandene Moratorium, zwischen dem Präfecten des Werra-Departements und dem Tribunal zu Marburg, entscheidet. — „Considérant, que, selon les anciennes lois, de tels repits, quoique reservés par leur nature au gouvernement, appartenoient cependant à la connaissance des tribunaux etc.“

fürsten erlischt an den Gränzen seines Staats: für den Fremden, der sich außerhalb desselben befindet, ist sie nicht vorhanden. Unter den bemerkten Voraussetzungen braucht der Staatsbürger also seine Rechte nicht durch Anstandsbriefe eines auswärtigen Fürsten beschränkt zu leiden. [6])

Nach diesen, nicht in Zweifel zu ziehenden Grundsätzen, (die, wenn sie nicht Gelegenheit zu einigen Bemerkungen über den heutigen Gebrauch der Moratorien dargebothen, vielleicht kaum erörtert zu werden verdient hätten) erkannte die zweite Section des Appellationshofes am 26sten Januar 1811, in öffentlicher Gerichtssitzung, in Sachen der königl. Preußischen Hauptnutzholz-Administration zu Berlin, Beklagten und Appellantinn, gegen den Canton-Maire von Bismark in Stendal, Kläger und Appellaten.

Die factischen Umstände, so viel sie zum Verständniß der Entscheidung des hier in Frage stehenden Rechtspuncts nöthig sind, bestanden in Folgendem.

Der Kläger von Bismark forderte, vor dem

---

6) I. H. Bœhmer l. c. „Cum autem facillimum, ex iis, quae cap. antec. dicta sunt, sit iudicatu, quod (1.) effectu suo destituantur, si debita requisita aut alterutrum eorum deficiat v. g. . . . . si extra territorium producantur literae . . . . ; de eo prolixius agere superfluum foret.“

Districtstribunale zu Neuhaldensleben, von der beklagten Administration die Bezahlung einer Obligation, d. d. 18ten Juni 1806, über die Summe von 1550 Rthlr. in Golde, und hatte, um mit Sicherheit zu seiner Bezahlung zu gelangen, eine Quantität Bauholz, welche die Beklagte von ihm selbst gekauft hatte, und die sich im Districte Neuhaldensleben befand, mit Arrest belegt.

Die Beklagte setzte, außer mehrern andern Einreden, womit wir uns hier gegenwärtig nicht beschäftigen wollen, [7]) dem Kläger die Einrede des von Sr. Majestät dem Könige von Preußen erlassenen allgemeinen, bis zum 24sten Junius 1811 verlängerten, General-Indults entgegen, und daß nach diesem das Klagrecht des Klägers suspendirt sey. Das Districts-Tribunal zu Neuhaldensleben erkannte, unter dem 18ten Junius 1810, auf Gültigkeit des Arrestes und Bezahlung der klagbar gemachten Summen. Die Beklagte appellirte, und bat um Aufhebung des Tribunals-Erkenntnisses:

„in Erwägung, daß es vom Appellaten nicht

---

7) z. B. des incompetenten Gerichtsstandes, indem der angelegte Arrest vor dem foro der Beklagten, zu Berlin, gerechtfertigt werden müßte; der fehlenden legitimationis ad causam, da die fragliche Obligation nicht au porteur gestellt sey (welches doch nach deren Fassung allerdings anzunehmen war); und des doli, da der Kläger selbst der Administration Ausführungs-Pässe verschafft, und sie dadurch verleitet hätte, ihm den bedungenen rückständigen Preis des Holzes zu bezahlen.

„bestritten werden könne, wie es auch von der „Appellantinn erwiesen und notorisch sey, daß in „den Preußischen Staaten ein General-Indult bis „zum Julius dieses Jahrs ertheilt worden, und es „keinem Zweifel unterworfen seyn könne, daß sich „Appellat den Gesetzen des Preußischen Staats un„terwerfen müsse, in sofern diese auf das mit ei„nem dortigen Institute, in dem damahligen Preu„ßischen Lande, contrahirte Geschäft Bezug haben „(Allgem. Landrecht für d. Pr. Staaten Einl. § 44.), „um so mehr als der Code Nap., nach Art. 2, „keine rückwirkende Kraft habe, und seine Gesetze „nur für die Zukunft verfügen, u. s. w."

Der Appellationshof bestätigte [8]) jedoch das Tribunals-Erkenntniß folgendermaßen:

## Urtheil.

In Erwägung, daß die Gesetze dem Inländer das Recht beilegen, den Ausländer wegen solcher Verpflichtungen, welche dieser gegen jenen einge-

---

8) Ganz war es den Grundsätzen des französischen Rechts gemäß, wenn der Kaiser der Franzosen den General-Sequester, welcher von dem Gouvernement der Illyrischen Provinzen kürzlich auf alle Güter Oestreichischer Unterthanen in diesen Provinzen gelegt wurde, weil der Kaiser von Oestreich seinen Unterthanen General-Moratorien ertheilt hatte, keinesweges billigte. Jeder einzelne Illyrische Bürger hat das Recht, auf die Güter seines befristeten Schuldners in Illyrien Arrest legen zu lassen: der Staat braucht sich hierin nicht zu mischen.

gangen ist, vor Westphälische Gerichte laden zu lassen; daß also auch dem Appellaten das Recht zusteht, seine Forderungen an die Appellantinn vor Westphälischen Gerichten geltend zu machen, und daß er von diesem ihm zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hat; . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .

In Erwägung, daß die Verordnungen eines Souverains auswärtige Staatsbürger, außer den Gränzen des Gebieths solches Souverains, nicht zu verbinden vermögen; daher auch königl. Preußische Moratorien Westphälischen Bürgern ihre Rechte, wenn sie solche außer dem Preußischen Staate zu verfolgen im Stande sind, nicht rauben können; also auch das allegirte k. Preuß. Moratorium keinen Einfluß auf die Entscheidung dieser Sache haben kann:

Erkennt der Appellationshof, daß wohlgesprochen u. s. w.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Zesterfleth, Stromeyer, v. Strahlenheim, v. Beulewitz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellations-Richter. — H. Blumenbach, Subst. proc.-gén., concludirte conform.

# III.

## Erkenntnisse in erster und letzter Instanz.

Ist von den Tribunalen erster Instanz stets den Erkenntnissen die Bemerkung hinzuzufügen, ob sie in **erster** oder **letzter** Instanz abgegeben worden?

Die Districts-Tribunale sind diejenigen Gerichte, deren Entscheidung, **in der Regel, alle** Civilsachen unterworfen sind. Die Gesetze bestimmen genau, welche Sachen, **als Ausnahme**, vor die Friedens- 1) oder andere besondere Gerichte, ent-

1) Idée générale, ou abrégé de l'administration de la justice, par Jousse. Nach Maaßgabe der heutigen Verfassung abgeändert von Delaporte, Commentaire sur le code de proc. T, II, p. 17.

Die friedensrichterliche Instanz ist daher eine **außerordentliche**, und die Friedensgerichte sind, so gut als die Handelsgerichte u. s. w., tribunaux d'attribution (nach der französischen Terminologie), welche den tribunaux ordinaires entgegengesetzt werden. Selbst bekannte Schriftsteller haben sich hiervon noch nicht überzeugt. Gab doch öffentlich ein preußischer Geschäftsmann, der die französische Legislation **lehrt**, den Rath, in Civilsachen sey das Sicherste, an den Friedensrichter des Orts zu gehen, wo die Gegenpartei wohnt. **Er sey immer die erste Instanz**, und sollte ja nicht die Sache vor ihn gehören, so müsse er sie an die Behörde befördern. **Einleit. zu den Vorles. über den C. N. Berl. Monathsch.** Jun. 1808.

weder in erster, oder in letzter Instanz, gehören. Ebenfalls ist es Regel, daß die Districts-Tribunale nur in erster Instanz erkennen. Daher ihr gesetzlicher, stets im Code Napoléon gebrauchter Name: Tribunale der ersten Instanz. Diejenigen Fälle, wo ihnen das Gesetz die Gewalt ertheilt, in letzter Instanz entscheiden zu dürfen, sind als Ausnahmen von der allgemeinen Regel anzusehen. 2) Die Gesetze enthalten eine Menge solcher Ausnahmen, daher es denn gekommen ist, daß man diese hin und wieder für die Regel, und die Appellations-Befugniß der Parteien für die Ausnahme angesehen hat. 3) Jedes Er-

---

2) Eben so irrig werden daher die Districts-Tribunale mit den ehemaligen Justiz-Aemtern und Stadt-Magistraten, als mit den Regierungen, Canzleien und Hofgerichten verglichen. Die Gerichtsbarkeit der erstern, wurde durch eine Menge Ausnahmen beschränkt, und die letztern entschieden, wenn sie gleich noch eine Appellations-Instanz über sich anerkennen mußten, in der Regel, in appellatorio: die Districts-Gerichte üben Functionen der ehemaligen Unter- und Oberrichter aus, und stehen gleichsam zwischen beiden.

3) In Frankreich sind dieser Ausnahmen ungleich weniger als in Westphalen, wo die Appellations-Befugniß, theils durch das Gesetz, theils durch den Gerichtsgebrauch, ungleich mehr als dort beschränkt ist, und zwar, wie ich zu äußern wage, nach meiner Einsicht, mit Unrecht. Was kann der Staat, da er doch zwei Appellationshöfe besoldet, für ein Interesse dabei haben, daß diese nicht die Rechtmäßigkeit noch mehrerer Erkenntnisse der ersten Instanz prüfen? — An Zeit würde es wahrscheinlich den Appellationshöfen nicht fehlen, besonders da diese, im Bewußtseyn Gutes zu stiften, gewiß ihre

kenntniß in letzter Instanz, wenn es nach Anhörung beider Theile abgegeben wurde, kann sofort, und jedes Contumacial-Urtheil nach dem Ablauf der Oppositions-Frist, [4]) vollzogen werden, wenn es ebenfalls in letzter Instanz abgegeben wurde, ohne, daß eine gegen beide eingelegte Appellation die Wirkung äußerte, die Execution zu suspendiren.

Beide Arten der Erkenntnisse können nur durch die Cassation ihrer Rechtskraft beraubt werden. Aber auch Erkenntnisse, welche in erster Instanz abgegeben wurden, können (nach Ablauf der Oppositions-Frist, wenn sie in contumaciam erfolgten) sofort vollzogen werden. Die Appellations-Frist hat keine suspensive Kraft, diese äußert nur die wirklich eingelegte Appellation. [5])

---

Arbeit, obgleich schon jetzt nicht mäßig, noch gern vermehrt sehen würden. Mich dünkt also, daß, im Zweifel, eher die Tendenz des Gerichts zu einer Zulassung, als zu einer Abweisung der Appellation, in Hinsicht der Summe, gehen müsse. (Diese Tendenz herrschte bei dem ehemaligen Ober-Appell. Gerichte zu Celle stets.) Vergl. Pfeiffers Rechtsfälle zur Erläut. der Pr. Ord. Thl. I. Stück 2. Seite 191. und Jurispr. du Code Nap. T. XII. S. 59.

4) Vielleicht hätte diese französische Legislation bei uns abgeändert werden sollen, da bei uns die Opposition von Ursachen abhängig gemacht ist, und daher nicht, wie in Frankreich, wo sie gegen jedes Contumacial-Erkenntniß statt hat, vermuthet werden kann.

5) S. meine Formulare und Anmerk. zur Pr. Ord. Thl. I. S. 253. u. Thl. II. S. 128.

Wenn nun die Execution der in letzter Instanz abgegebenen Erkenntnisse durch keine Appellations-Einlegung aufgeschoben werden kann, wer ist derjenige, der beurtheilt, ob das Erkenntniß in erster oder in letzter Instanz abgegeben sey? — Oft wird die Partei, welche ein vortheilhaftes Erkenntniß erhielt, nur zu sehr geneigt seyn, es für ein in letzter Instanz abgegebenes Urtheil auszugeben, um, durch die Execution, in den Besitz des Gegenstandes des Streits zu kommen. Sie wird also den exequirenden Huissier versichern, es sey in letzter Instanz abgegeben, und auf die Execution bestehen. Dieser, in den Geist der Proceß-Gesetze vielleicht nicht sehr eingeweiht, wird sich in großer Verlegenheit fühlen, auf einmahl hier eine Rechtsfrage, und zwar eine solche, die selbst von Rechtsgelehrten nicht stets mit Leichtigkeit wird beantwortet werden können, seiner Entscheidung unterworfen zu sehen. Soll er nun, wenn der unterliegende Theil die Appellation einwandte, die Execution vor sich gehen lassen, oder soll er sie aufschieben? — Das erste kann dem Appellanten, das letzte dem Appellaten sehr nachtheilig werden.

Eine solche Ungewißheit darf eben so wenig, nach dem Geiste unserer Proceß-Gesetze, statt haben, als man annehmen kann, daß man Gerichtsbothen, gewissermaßen, zu Richtern habe erheben wollen. Huissiers entscheiden nicht, sondern vollziehen klare richterliche Befehle und Urkunden.

Jede Schwierigkeit in dieser Hinsicht verschwindet, wenn der Unter-Richter stets selbst im Erkenntnisse festsetzt, ob er in erster oder in letzter Instanz entschied. Nie versäumen dieses die französischen Gerichte erster Instanz; und auch bei uns ist diese Regel zu beobachten,[6] da sie wesentlich dazu beitragen wird, den Parteien eine schnelle Gerechtigkeits-Pflege zu verschaffen. Zwar vermag kein Gericht, dadurch, daß es seinem Erkenntnisse die Qualification: „in letzter Instanz abgegeben," beilegt, dieses der Prüfung des Ober-Richters zu entziehen;[7] aber es vermag, ihm dadurch den Character einer Urkunde beizulegen, welche, der Appellation ungeachtet, vollzogen werden kann.[8] Das Erkenntniß bekömmt dadurch

---

6) Bei der Beobachtung dieser Regel ist aber in Westphalen sehr auf die Vorschrift des Art. 353. Pr. Ord. Rücksicht zu nehmen, dessen Verfügung gänzlich von der französischen Legislation abweicht.

7) Praticien françois, T. III. S. 107. Pigeau, T. I. S. 556.

8) Freilich fehlt in der Westph. Pr. Ord. die Vorschrift des 457. Art. des franz. Cod. d. pr. „L'exécution des jugemens mal à propos qualifiés en dernier ressort, ne pourra être suspendu qu'en vertu des défenses obtenues par l'appellant, à l'audience du tribunal d'appel, sur assignation à bref delai;" allein obige Behauptung fließt dergestalt aus der Natur der Sache, daß man nur annehmen kann, daß jene Stelle als überflüssig ausgelassen sey. Nur der Ober-Richter ist befugt, zu beurtheilen, ob der Unter-Richter seinem Erkenntnisse eine richtige oder falsche Qualification beigelegt habe. Pigeau, T. I. p. 556.

dieselbe Kraft, als wenn, nach Maaßgabe des 91sten Art. der Proc. Ord., die Vollstreckung, ohne Bürgschaft, verordnet wäre. Nur durch eine Verfügung des Ober-Richters kann ein solches Erkenntniß jenen Character verlieren. 9) Hat sich also das Tribunal erster Instanz geirrt, und ein Erkenntniß als in letzter Instanz abgegeben qualificirt, wogegen die Appellation zulässig ist, so kann der Appellant (nach der Vorschrift des 359sten Art. der Proc. Ord.), auf eine Vorladung mit kurzer Fristbestimmung, in der Gerichtssitzung ein Verboth (Inhibition) auswirken, um dadurch die Execution zu hemmen. Es darf aber ein solches Verboth nicht auf eine dem Gegner nicht mitgetheilte Bittschrift, wie es ehedem in Frankreich üblich war, ertheilt werden. 10)

Die Westphälischen Tribunale erster Instanz versäumten bis jetzt (so viel dem Verfasser bekannt ist, allgemein) in ihren Erkenntnissen die Bemerkung, ob sie in erster oder letzter Instanz abgegeben seyen. Die Folge davon war, daß, selbst bei einer widerrechtlichen Appellations-Einlegung, die Execution gehemmt wurde, oder, daß der Huissier zum Entscheider der Frage erhoben ward: Ob,

---

9) Art. 359. 560. Pr. Ord.

10) Praticien français, T. III. p. 138. seq. Merlin, répertoire univers. s. v. arrêt. T. III. p. 336. Merlin, questions de droit s. v. jugement de défenses.

im vorliegenden Falle, eine Appellation statt habe, oder nicht. — Der Verf. machte den Herrn Justizminister des Königreichs auf die fragliche Inconvenienz aufmerksam, welcher darauf, unter dem 23sten Januar 1811, Folgendes verfügte:

Cassel, 23 Janvier 1811.

Les loix du Royaume, Monsieur le Président, ont fixé la compétence des tribunaux en premier et en dernier ressort à 1000 Fr. dans toutes affaires personnelles et mobiliaires, et en matières réelles à 100 Fr. de revenu déterminé, soit en rentes, soit en fermages, lorsque l'objet principal donne ce revenu. Art. 4. T. III. du décret royal du 27. Janvier 1808. Toutes les fois que les tribunaux prononcent sur des procès de cette nature, 11) leurs jugemens doivent porter qu'ils sont en dernier ressort. Ils fixent, par ce moyen, les droits respectifs des parties qui ne peuvent plus élever de contestations ultérieures, et se tiennent pour définitivement jugées.

Si les tribunaux de votre ressort, ainsi que vous me le mandez dans votre lettre du 7. de ce mois, ne sont pas dans cet usage, vous pouvez les inviter à le suivre à l'avenir.

Recevez etc.

A Mr. le Président de la cour d'appel séant à Celle.

---

11) S. Art. 353. Pr. Ord.

Dieser ministerielle Auftrag ist von dem Präsidio des Appellationshofs zu Celle, unter dem 2ten Febr. 1811 folgendermaßen ausgerichtet:

An die sämmtlichen Herren Präsidenten der Districts-Tribunale des Appellations-Ressorts Celle.

Mein Herr Tribunals-Präsident,

Vermöge eines Auftrags des Herrn Justizministers de dato 23 Jan. a. c., lade ich Sie ein, zu verfügen, daß künftig in den von Ihrem Tribunale abzugebenden Erkenntnissen stets bestimmt werde, ob solche in letzter Instanz abgegeben seyen, oder nicht. Ich habe nicht nöthig, Ihnen den mehrfachen Nutzen auseinander zu setzen, den eine solche Bestimmung, die, nach der, in diesem Falle, zu befolgenden französischen Jurisprudenz, stets statt haben muß, für die Parteien und die Administration der Justiz, besonders im Executionsverfahren, hat.

Empfangen Sie, Herr Tribunals-Präsident, die Versicherung meiner besondern Hochachtung.

Celle, am 2ten Februar 1811.

Der erste Präsident des Appellations-Hofes.

# IV.

## Audienz der Référés. — Incompetentia ratione materiae.

---

Worüber hat der Tribunals-Präsident in einer Audienz der Référés zu statuiren die Befugniß?

Kann eine von einem ratione materiae incompetenten Richter erlassene Verfügung durch die Beruhigung einer Partei rechtskräftig werden?

---

Kein Institut der neuen Proceß-Ordnung Westphalens ist, bei einer völlig dem Geiste des Gesetzes angemessenen Anwendung, eines größern Nutzens, keines aber auch, im entgegengesetzten Falle, größern Bedenklichkeiten unterworfen, als die sogenannte audience aux référés, oder das Verfahren in Fällen der dringendsten Eile [1]). Schon

---

1) Eine schätzbare Abhandl. über die Référés, unter dem Titel: Versuch eines Commentars über T. 16. B. V. Pr. Or. Westph., vom Tribunal-Greffier (j. Tr.-Richter) Dr. Spangenberg, S. in Oesterley's und Spangenberg's Magazin, Th. 1. S. 339. ff.

Der Ausdruck Référé ist mit Rapport gleichbedeutend. „C'est le rapport, fait au magistrat, d'un fait, qui exige une promte décision, et sur lequel le juge peut prononcer provisoirement en son hôtel, (ou dans l'audience aux referés); Merlin répertoire, s. v. Référé.

der Redner des französischen Staatsraths (H. Real) bemerkte bei dieser Materie, als er die Beweggründe der französischen Proceß-Ordnung dem gesetzgebenden Körper entwickelte:

„Mancher hat gefürchtet, daß hier das Einschleichen von Mißbräuchen nur zu leicht sey, und daß man das Vorgeben eines Falls der dringenden Eile (cas d'urgence) dazu mißbrauchen möchte, um in die Behausung des Präsidenten, oder in die Audienz der Référés die Entscheidung von Streitigkeiten zu ziehen, welche, ihrer Natur nach, vor das Tribunal, in die ordentliche Audienz, gehören."

Wenn der Staatsrath Real hinzufügt:

„Ich glaube nicht, daß diese Furcht gegründet sey, denn das Gesetz, ohne die lange Nomenclatur einzelner Fälle wieder aufzunehmen, deren das Edict vom Jahre 1685 erwähnt, verordnet, mit hinlänglicher Deutlichkeit, daß es für die Audienz der Référés lediglich die Fälle einer dringenden Eile bestimme," 2) so glaube ich gern, daß der Redner für Frankreich, wo dieses Institut seit Jahrhunderten 3) bekannt war, Recht hatte, ohne mich

2) „Le discernement (setzt er hinzu) et la probité du président, ou du juge délégué, feront le reste. Renvoyant à l'audience les contestations qui ne seroient portées en l'hôtel, que par une indiscrète et avide précipitation, il n'hésitera point à prononcer sur celles auxquelles le moindre retard, ne fût-il que de quelques heures, peut porter un préjudice irréparable."

3) Edict vom Januar 1685. Art. 6.

zu überzeugen, daß man etwas Gleiches für Westphalen behaupten könne. Hier ist dieses Institut völlig neu; die Natur desselben selbst, indem es nur auf Fälle dringender Eile Anwendung findet, wird oft dem Richter, (welcher, bei der Schnelligkeit, in der man von ihm eine Entscheidung verlangt, selbst die gehörige Muße nicht immer haben wird, gehörig zu überlegen, ob er die Entscheidung, die man von ihm erwartet, allein abgeben könne, und der den lobenswerthen Eifer hat, den Parteien, so viel an ihm ist, eine schnelle Justiz zu verschaffen) die Veranlassung geben, hier Fehler, bei dem besten Willen, zu begehen.

Folgende Regeln werden jedoch, wenn sie genau beobachtet werden, so ziemlich jeden Mißgriff verhüthen.

I. Fälle dringender Eile sind sehr von eiligen Fällen zu unterscheiden. Nur die ersten gehören in die Audienz der Référés; bei den letztern mag um Erlaubniß, mit kürzerer Frist vorladen lassen zu dürfen, nachgesucht werden, aber sie gehören in die gewöhnliche Audienz.

II. Fälle dringender Eile sind nur dann gedenklich, wenn es entweder auf die Vollziehung einer Urkunde oder eines Erkenntnisses, auf eine durch Arrestanlegung zu bewirkende provisorische Sicherstellung, oder überall auf die Abwendung eines, durch den gering-

sten Verzug zu erwartenden, unabwendlichen Schadens ankömmt. Alle übrigen Fälle können Eile, d. i., eine schnellere, als die gewöhnliche Behandlung, erfordern; Fälle dringender Eile sind sie nicht.

III. Selbst in Fällen dringender Eile (und dieses ist ganz besonders zu berücksichtigen) ist es nur erlaubt, in der Audienz der Référés dasjenige zu statuiren, welches dazu dient, den befürchteten unabwendlichen Schaden auf so lange von dem Impetranten abzuwenden, bis über die Sache selbst vom Tribunale verfügt werden kann.

Diese Regel folgt ganz aus der Natur des Instituts, welches, als Ausnahme von der Regel, nicht ausgedehnt werden darf. Der Präsident des Tribunals formiret kein Gericht, er bleibt stets eine isolirte Magistrats-Person, welcher das Gesetz nicht mehr Gewalt einzuräumen beabsichtigen konnte, als nöthig war, um den vorliegenden Zweck zu erreichen. Dieser Zweck war Abwendung jedes Schadens von dem Impetranten. Der Präsident muß also unter mehrern Maaßregeln, die sich ihm darbiethen können, diejenige verordnen, welche für die Hauptsache den geringsten, für den Moment aber den promtesten und sichersten Effect hat. Untersuchungen streitiger factischer Umstände, noch weniger präperatorische und interlocutorische Ordonnanzen, um auf diesem

Wege zu einer gleichsam definitiven Ordonnanz zu gelangen, gehören nicht in dieses schleunige Verfahren, und sind seinem Wesen gänzlich zuwider. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde man nicht nur den Vorschriften des Gesetzes entgegen handeln, sondern auch der Möglichkeit großer Mißbräuche die Thür öffnen [4]). Sobald also der Präsident wahrnimmt, daß zuförderst factische Umstände, worüber die Parteien nicht einig sind, zu verificiren seyen, so ist es seine Pflicht, selbst wenn die Parteien eine Verification durch Interlocute von seiner Seite sich gefallen lassen wollten, sie vor den ordentlichen Richter, das Tribunal, zu verweisen, und zwar bei Strafe der Nichtigkeit seiner interlocutorischen Verfügungen, indem die Parteien ihn, einen ratione materiae incompetenten

---

4) S. Spangenberg l. c. Aehnliche Grundsätze drückte das Appellations-Gericht zu Riom in einem am 15ten Julius 1809 abgegebenen Erkenntnisse aus. (Sirey Jurisprud. de la cour de cassation, T. X. 1810. 8. Cah. S. 279.) „Considérant, qu'en vain de ce que le Président peut par urgence ordonner une saisie, diroit-on qu'il peut indistinctement aussi en ordonner la main-levée; car, d'un coté, la juridiction exercée en référé étant toute d'exception, elle n'est point susceptible d'extension arbitraire à tout ce qui, par l'effet, cesse d'être provisoire et réparable; et de l'autre, si dans le premier cas elle est suffisante, cela tient au principe de son institution, qui tend à fournir des promts secours dans le cas d'une urgence évidente et de péril imminent; tandis qu'on pourroit dire que dans le second elle ne peut être d'aucune nécessité, etc."

Richter, durch ihr Acquiesciren, ja nicht einmahl durch specielle Erklärungen, competent machen können [5]. Während er aber die Parteien solchergestalt vor das Tribunal verweiset, ist es seine Pflicht, provisorische Verfügungen, wo möglich, eintreten zu lassen, durch welche die Rechte des Impetranten, soviel als thunlich, in Sicherheit gesetzt werden.

Will daher jemand, z. B., bei dem andern irgend einen beweglichen Gegenstand als Eigenthum mit Arrest (saisie revendication) belegen lassen, der letztere leugnet aber, diesen Gegenstand im Besitze zu haben, so kann der Präsident wohl, wenn die Unwahrheit dieses Vorgebens wahrscheinlich gemacht ist, Wache in das Haus des Impetranten zu legen verordnen, damit, bis zur Erörterung der Sache vor dem Tribunale, der mit Arrest zu belegende Gegenstand nicht entfernt werden könne, er kann aber nicht auf Beweis durch Zeugen, Documente, Eidesdelation, u. s. w., interloquiren. Was könnte auch ein solches Interlocut für einen Nutzen haben? — In wenigen Tagen kann von dem Tribu-

5) „Le vice de l'incompétence materielle est radical et ne peut se couvrir ni par l'acquiescement, ni par la comparution des parties: c'est de cette espèce d'incompétence, qu'il faut entendre l'axiome: qu'il n'appartient point aux parties de se donner des juges. Dans ce cas le tribunal incompétent doit se dépouiller d'office." Merlin, répert. s. v. Incompétence. Eben dieses verordnet die Westph. Pr. Ord. Art. 121.

nale selbst entschieden seyn, und bis dahin gewährt die eingelegte Wache hinlängliche Sicherheit.

Aber interloquirte der Präsident dennoch, so ist das Interlocut, selbst wenn die Parteien sich dieses vorläufig gefallen ließen, als von einem ratione materiae incompetenten Richter abzugeben, null und nichtig.

Diese Grundsätze sind bei dem folgenden Falle von der zweiten Section des Appellationshofes, in der Sache des Kaufmanns H. gegen den Spediteur H., pto. Arrestanlegung auf ein reclamirtes Eigenthum von 1548¾ Pfund Pfeffer, am 9ten Febr. 1811 zur Anwendung gebracht. Weniger merkwürdig sind die dabei ferner zur Anwendung gekommenen Axiome:

a. daß die Arrestanlegung auf Eigenthum (saisie revendication) nur auf das in Anspruch genommene Object selbst, nicht aber auf dessen Werth, statt haben könne; und,

b. daß kein Richter 6) (wenn ihm die Gesetze nicht besonders das Recht ertheilen, ex officio statuiren zu dürfen) sein Erkenntniß über das Gesuch der Parteien hinaus erstrecken könne;

denn beide beruhen auf klaren Gesetzen.

Die factischen Umstände gegenwärtiger Sache,

---

6) Factum a judice quod ad officium suum non pertinet ratum non est. L. 170. de divers. reg. iur.

so viel zum Verständniß des Urtheils von ihnen anzuführen nöthig ist, waren folgende:

Der Kaufmann H . . h zu * * * wirkte bei dem Präsidenten des Districts-Tribunals zu * * * die Erlaubniß aus, auf eine Quantität Pfeffer (1548¾ Pfd.), welche sich bei dem Spediteur H . . t. zu * * * vorfinden sollte, und die der Impetrant als Eigenthum in Anspruch nahm, Arrest anlegen zu dürfen. Als der Huissier diese Arrestanlegung verfügen wollte, verneinte der Spediteur H . . t., den fraglichen Pfeffer überall im Verwahrsam zu haben. Um zu seinem Zwecke zu gelangen, citirte nunmehr der Impetrant den Impetraten zu einer audience aux référés vor den Präsidenten des Districts-Tribunals zu * * *. Beide Theile erschienen, von ihren Anwälten begleitet, in Person. Impetrant trug darauf an, daß der Impetrat verurtheilt werden möge, die fraglichen 1548¾ Pfd. Pfeffer, welche nach Maaßgabe der Präsidial-Ordonnanz mit Arrest belegt werden sollen, zu diesem Behuf auszuliefern, und legte ihm zugleich Beweisstücke, ein Billet und eine Note, zur Anerkennung oder Ableugnung, vor. — Impetrat erwiederte: er erinnre sich nicht, das Billet geschrieben zu haben, und begriffe nicht, wie die Note in die Hände des Impetranten gekommen sey. Uebrigens sey hier ein Arrest um so weniger denkbar, da gar keine Waaren bei ihm, dem Impetraten, in Verwahr wären, worauf Impetrant

ex capite dominii, oder sonst, Anspruch machen könne. Er bäte also: den Impetranten mit seinem Gesuche abzuweisen.

Impetrant behauptete, die Note von dem Impetraten erhalten zu haben, und verlangte Anerkennung oder Ableugnung des Billets.

Impetrat leugnete, das Billet geschrieben, und die Note dem Gegner zugestellt zu haben.

Impetrant schob nun dem Impetraten den Eid darüber zu: 1) daß letzterer das fragliche Billet an den Impetranten nicht geschrieben; 2) daß er die Note dem Impetranten nicht eingehändigt habe; 3) daß er den fraglichen Pfeffer für Rechnung des Hauses C . . n et Comp. zu Hamburg nicht im Besitz, oder nicht böslicher Weise abhandengebracht habe, noch wisse, wo er sich befinde. Impetrat bemerkte hierauf: es enthalte diese Eideszuschiebung viele irrelevante Umstände, er bäte daher, daß über die Relevanz des Eides ein Erkenntniß abgegeben würde, und wiederhole die vorigen Anträge.

Der Präsident erkannte hierauf: daß Impetrat sich auf den zugeschobenen Eid, sub poena recusati, zu erklären schuldig, und setzte zur Abgebung der Erklärung anderweiten Termin an.

In diesem erklärte der Impetrat: den ersten Punct des zugeschobenen Eides, in Betreff des Billets, referire er, den zweiten und dritten sey er (mit gewissen Modificationen) eidlich zu erhärten

bereit. Er trage also darauf an, wegen Abnahme des Eides, in der angegebenen Form, das Nöthige zu verfügen. Nach einigen fernern, nicht wesentlichen, Verhandlungen, erkannte der Präsident: daß der Impetrant sich, des völlig unzulässigen Einwendens ungeachtet, auf die ihm zugeschobenen Eide zu erklären habe. Gegen dies, wie auch das vorhergegangene Erkenntniß wandte der Impetrat nun sofort die Appellation ein. Der Impetrant erwiederte darauf: da das heutige Erscheinen im Termine, und die über den Eid abgeleistete Erklärung, eine Befolgung des gestrigen Erkenntnisses enthalte, und also eine Appellation nicht statt finde, so bäte er, den Eid für verweigert anzunehmen, und in der Hauptsache, dem Gesuche gemäß, zu erkennen.

Der Präsident erkannte hierauf: daß der Impetrat schuldig verurtheilt werde, den von Impetranten mit Arrest belegten (?) Pfeffer, oder den Werth desselben, wie solcher in der erwähnten Note angegeben worden, mit 709 Rthlr. 20 ggl. Ld'or. dem von dem Impetranten zur Arrestanlegung beauftragten Huissier auszuliefern.

In der Appellations-Instanz wurde um Aufhebung dieses und der vorigen Erkenntnisse gebeten, welche denn auch nach Maaßgabe der folgenden Sentenz, am 9ten Febr. 1811, erkannt wurde.

## Urtheil.

Die zweite Section des Appellations-Hofes:

Nach Ansicht eines Protocolls der Audienz im schleunigen Verfahren des Districts-Tribunals zu * * *, d. d. 10ten Jan. 1811;

Eines solchen Protocolles, d. d. 11ten Jan. deff. J.;

Eines solchen, d. d. 12ten Jan. d. J.;

Desgleichen, der in diesen Audienzen abgegebenen Präsidial-Ordonnanzen;

Nach Ansicht der Art. der Proc. Ord.: 737, 757, 121, 364, 425, 424.

In Erwägung, daß das durch die Gesetze und die Natur der Sache bestimmte Wesen der von dem Tribunals-Präsidenten, ohne Concurrenz des Gerichts, allein abzuhaltenden Audienzen im schleunigsten Verfahren keineswegs erlaubt, daß in denselben über die Existenz von Thatsachen, welche unter den Parteien streitig sind, förmlich interloquirt werde, vielmehr lediglich in solchen Audienzen, durch einzelne provisorische Verfügungen, in Fällen dringender Eile, und wo der Aufschub einen unersetzlichen Nachtheil hervorzubringen vermöchte, statuirt werden kann;

Daß also, aus dieser Ursache, bereits die in der Audienz vom 11ten Januar d. J. abgegebene interlocutorische Ordonnanz, indem sie den Zweck hatte, streitige, zur Competenz des Tribunals selbst,

gehörige, Thatsachen auszumitteln, als von einem ratione materiae incompetenten Richter erlassen, und daher an einer materiellen Nichtigkeit laborirend, angesehen werden muß, indem, im vorliegenden Falle, und bei Vermuthung eines doli, auf den Antrag des Impetranten höchstens nur verordnet werden konnte, daß, bis zu ausgemachter Sache, Garnison in dem Hause des Impetraten etablirt werden sollte, um eine allenfalsige Entfernung des quaest. Pfeffers zu verhüthen;

In Erwägung, daß wenn Appellant gleich in der Audienz aux référés, d. d. 11ten Jan. d. J., bestimmt erklärte:

Er bitte über die Relevanz des ihm von seinem Gegner zugeschobenen Eides ein Erkenntniß abzugeben,

und in der Audienz aux référés vom 12ten Jan. d. J. sich dahin vernehmen ließ:

Den ersten Punct des ihm zugeschobenen Eides betreffend, so müsse er diesen Eid seinem Gegner zurückschieben, den 2ten und 3ten Satz sey er aber eidlich zu erhärten bereit,

Dennoch, selbst durch diese Erklärungen, eine materielle Incompetenz nicht gehoben werden konte, indem es in der Parteien Willkühr keineswegs liegt, sich ratione materiae incompetenten Richtern zu unterwerfen, die gesetzlichen Erfordernisse eines Compromisses hier aber nicht vorhanden sind;

In Erwägung, daß es eben sowohl des Rich-

ters erster Instanz Verpflichtung ist, nach bestimmter Vorschrift der Gesetze, ex officio, auf die incompetentia ratione materiae zu achten, als der Appellations-Richter die Pflicht hat, selbst wenn von den Parteien nicht darum gebeten wäre, amtshalber, in der Appellations-Instanz, in welcher die Sache bis zur Litiscontestation zurückgeführt wird, solche materielle Mängel zu berücksichtigen;

In Erwägung, daß selbst von einem competenten Richter die letzte Verfügung a qua nicht hätte abgegeben werden können, indem theils in derselben auf ein Aequivalent erkannt ist, worauf weder libellirt, noch worüber der Appellant gehört worden;

ferner es auch in dem Wesen einer Arrestanlegung auf Eigenthum beruhet, daß diejenigen Effecten, worauf der Impetrant Eigenthums-Rechte zu haben behauptet, sich actualiter in dem Besitze des Impetraten befinden, daß, wenn dieser präjudicielle Umstand entweder nicht vorhanden ist, oder nicht so fort, und ohne alle Procedur, von dem Impetranten wahrgemacht werden kann, dann auch die Sicherheits-Maaßregel des Arrestes von selbsten wegfällt, und zuförderst, in einem ordentlichen, zur Competenz des Tribunals gehörigen, Verfahren, welches, wenn Eile vorhanden, auf eine kürzere Vorladungsfrist statt haben kann, dieser streitige präjudicielle Umstand ins Klare gesetzt werden muß;

Also, nach diesen Grundsätzen, von dem judice a quo, sowohl ratione formae als materiae, nichtiger Weise procedirt ist:

Erkennt,

daß wohl appellirt, übel aber vor dem judice a quo geurtheilt, demnach dessen Ordonnanzen d. d. 11ten und 12ten Jan. d. J. wieder aufzuheben, der Appellat aber zu verurtheilen, dem Appellanten sämmtliche Kosten beider Instanzen und die verursachten, erst zu liquidirenden, Schäden zu ersetzen.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Zesterfleth, Stromeyer, v. Strahlenheim, v. Beulewitz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellations-Richter.

# V.

## Contumacia des Appellanten.

---

Worin besteht die Strafe des Ungehorsams des nicht erschienenen Appellanten?

In wiefern kann, in contumaciam des Appellanten, dieser, auf Antrag des Appellaten, zu Nebenforderungen verurtheilt werden?

---

Eine Frage, deren Beantwortung, nach den Grundsätzen des Westphälischen Processes, allerdings schwierig scheinen kann, ist die:

Welches ist die Strafe des ungehorsam ausbleibenden Appellanten?

Daß die von ihm eingewandte Appellation, welche er auf die von den Gesetzen vorgeschriebene Weise zu verfolgen versäumte, auf Antrag des erscheinenden Appellaten, für desert erklärt werde, scheint, im ersten Augenblicke, um so mehr die richtigste Beantwortung zu seyn, da sie nicht nur aus der Natur der Angelegenheit selbst zu folgen scheint, sondern da sie auch die Autorität sowohl der französischen Praxis, als unserer ältern Gesetzgebung, für sich hat.

Der 154ste Art. des Code de procédure franç.,

welcher mit dem 106ten unserer Proceßordnung correspondirt, bestimmt nämlich:

„Le défendeur qui aura constitué avoué, pourra, sans avoir fourni des défenses, suivre l'audience par un seul acte, et prendre défaut contre le demandeur qui ne comparait pas;"

ohne den, aus dem gemeinen Processe entlehnten Zusatz [1]) unserer Pr. Ord.:

le défendeur sera renvoyé de l'instance, sauf l'opposition du demandeur."

zu enthalten.

Jene isolirte Verordnung hat in Frankreich die Folge, daß der nicht erscheinende Kläger, zur Strafe seines Ungehorsams, mit seiner Klage gänzlich abgewiesen wird, und daher, wenn er die, in Frankreich übrigens sehr leichte, Opposition verabsäumte, unwiederbringlich sein Klagrecht selbst verloren hat. Ja, es werden dort nicht einmahl die Conclusionen des erscheinenden Beklagten, in Hinsicht der Sache selbst, verificirt;

---

1) L. 73. § 1. 2. D. de judic. „Quod si is qui edictum peremtorium impetravit absit die cognitionis, is vero, adversus quem impetratum est, adsit: tum circumducendum erit edictum peremtorium, neque causa cognoscetur, nec secundum praesentem pronunciabitur. § 2. Circumducto edicto videamus, an amplius reus conveniri possit: an vero salva quidem lis est, verum instantia tantum edicti periit? Et magis est instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit." — Harprecht, de absolut ab inst. Tübing. 1747.

lediglich die Form wird untersucht, und wird diese richtig gefunden, so wird auch, dem Antrage des Beklagten gemäß, auf dessen gänzliche Absolution gesprochen. 2)

Eben diese Grundsätze werden in Frankreich auch in der Appellations-Instanz befolgt, in welcher der Appellant als demandeur und der Appellat als défendeur (die Ausdrücke Kläger und Beklagter geben diese Begriffe nicht völlig wieder) anzusehen sind. Auch schreibt der 470ste Art. der französischen Proceßord., so gut als der 368ste der Westph., vor:

„Les autres regles établies pour les tribunaux

---

2) Praticien fr. T. I. S. 443. „Il est à remarquer que les défauts contre le demandeur s'accordent sans vérifier les conclusions du défendeur; qu'elles soient justes ou non, on n'en doit pas moins rejetter la demande. Il n'y a plus les mêmes craintes que dans l'autre cas; ici il est certain que le demandeur connait l'instance, puisque c'est par lui-même et à sa poursuite qu'elle est engagée, qu'il a nécessairement un avoué constitué, et qu'en ne comparaissant point, il est censé y renoncer; le juge n'a point à s'occuper du mérite du fond, qu'il ne juge pas; le défaut en ce cas, n'est autre chose qu'une déclaration du juge, que le demandeur ne comparaît pas, et que, ne poursuivant point sa demande, on présume qu'il ne veut point y donner suite; pour ce motif on en décharge le défendeur."

Eben diese Grundsätze stellen auch folgende Schriftsteller auf, wie sie denn auch, ohne alle Ausnahme, in der französischen Praxis befolgt werden: Lepage, S. 120. Pigeau, T. I. S. 473. Merlin, répert. univ. T. III. S. 366. seq.

inférieurs seront observées dans les tribunaux d'appel."

Bleibt also der Appellant in der Audienz, wozu ihn der Appellat eingeladen hat, aus, so wird der letzte so gut seines Appellations-Rechts, als der ausbleibende Kläger seines Klagrechts, für verlustig erklärt; oder, mit andern Worten, es wird erkannt, daß die Appellation desert sey; ein Ausspruch der härter scheint, als er in der That ist, da der Appellant durch die Opposition, welche von gar keinen Causalien abhängig ist, jenes Erkenntniß sofort seines Effectes berauben kann.

In Westphalen ist die Opposition nicht so leicht als in Frankreich. Der Art. 113. unserer Pr. Ord. schreibt vor, daß der Opponent die Ursachen darthun (justifier) muß, derer wegen er nicht erschienen ist, oder keinen Anwalt bestellt hat; ist er nicht im Stande diese Justification zu bewirken, so wird er mit seiner Opposition abgewiesen. Es schien daher auch der Westphälischen Legislation nothwendig, dem ausgebliebenen Theile nicht so harte Präjudicien, als in Frankreich geschieht, zuzufügen. Daher die poena litis negative contestatae, 3) daher auch die Vorschrift des 106ten Art.: „Le défendeur sera renvoyé de l'instance."

Da nun der Art. 368. Pr. Ord. ausdrücklich die Beobachtung der für die Untergerichte beste-

3) S. meine Formulare zur Proc. Ord. 2 Thl. S. 431.

henden Vorschriften, in der Appellations-Instanz, vorschreibt, so muß man allerdings schließen, daß die Vorschrift des 106ten Art. auch in dieser auf den ausgebliebenen Appellanten anzuwenden sey. Ihn mit dem Verlust seiner Appellation bestrafen, oder, mit andern Worten, diese für desert erklären wollen, könnte ihn, wenn er vielleicht keine Oppositions-Gründe hätte, in unersetzlichen Schaden, gegen des Gesetzes Absicht, stürzen. Die Sache aber untersuchen wollen, als wenn er erschienen wäre, und ihn so vielleicht in contumaciam mit einer Reformatoria beglücken, dieses würde, auf der andern Seite, zu weit gegangen seyn, und nicht nur gegen das Argument des 106ten Art. der Pr. Ord. anstoßen, sondern auch gewissermaßen ultra petita erkennen heißen. 4)

Es ist daher unstreitig dem Geiste des Gesetzes völlig angemessen, wenn in der Appellations-Instanz, zur Strafe des nicht erschienenen Appellanten, der Appellat eben so von der Instanz entbunden wird, wie dieses in der ersten Instanz zur Strafe des nicht erschienenen Klägers, mit dem

---

4) „Son silence est une rétractation de sa part; il cesse d'être demandeur: prononcer en sa faveur, ce seroit juger ultra petita." Lepage S. 120. S. dagegen Fr. Heinrichs v. Strombeck Handbuch, Th. II. S. 37. § 641. Doch hat dieser Schriftsteller die hier geäußerte Meinung zurückgenommen, und die gegenwärtige Theorie adoptirt, wie mir privatim bekannt ist.

Beklagten der Fall ist. So wie nun dort dem Kläger sein Klagrecht verbleibt, bleibt auch hier dem Appellanten sein Appellations-Recht, wobei freilich der wesentliche Unterschied statt findet, daß das erste nicht, wie das letztere, an Fatalien gebunden ist, binnen welchen es ausgeübt werden muß. Ist also, vom Tage der Insinuation der beschwerlichen Sentenz angerechnet, die Appellations-Frist, zur Zeit der Abgabe des Contumacial-Urtheils, bereits verstrichen, so involvirt von selbst die Absolution des Appellaten von der Instanz die Desertion der Appellation; denn es ist nicht daran zu zweifeln, daß der Appellat auch selbst von dem Effecte der eingelegten Appellation, da diese Einlegung zur Instanz gehört, von der er entbunden wird, befreiet werde; gleichwie der Beklagte, welcher von der Instanz absolvirt wird, von jedem Effecte der Klagschrift befreiet wird. So wie also dort der Kläger zur Verfolgung seines Klagrechts einer neuen Klage nöthig hat, so bedarf hier der Appellant einer neuen Appellation, und diese ist nur dann zulässig, wenn die Appellations-Fristen noch nicht abgelaufen sind.

Obige Grundsätze sind von der zweiten Section des Appellations-Hofes, in nachfolgendem Erkenntnisse, am 16ten Febr. 1811, zur Anwendung gebracht.

Eben dieses Erkenntniß enthält auch die Entscheidung der Frage:

Ob, in contumaciam des nicht erschienenen Appellanten, dem Appellaten, nach Maaßgabe des Art. 364 der Pr. Ord., Renten, Miethzinsen und andere Nebenforderungen, die erst seit dem Erkenntnisse erster Instanz fällig geworden sind, zuerkannt werden können, ohne daß von dem Appellaten dem Appellanten die Klage über solche Nebenforderungen schriftlich mitgetheilt wurde?

Daß in der Appellations-Instanz beide Theile dergleichen Forderungen vorbringen können, leidet keinen Zweifel: das Gesetz sagt es bestimmt; aber eben so wenig Zweifel kann es unterworfen seyn, daß, nach der Vorschrift des 368sten Art. der Pr. Ord., (welcher Artikel die für die Untergerichte vorgeschriebenen Regeln auch den Appellationsgerichten zur Norm vorschreibt) dergleichen neue Forderungen nur in der Form von Nebenklagen (demandes incidentes, S. Art. 272. 273. Pr. Ord.) angebracht werden können; in sofern sie nicht, welches die Regel ist, im Appellations-Libell oder der Beantwortung der Beschwerdenschrift vorgebracht sind. Einen schriftlichen Anfang, wie jede andere Klage, müssen sie nothwendig haben. [5]) (Art.

---

5) Mit Recht ist daher in Sirey's Jurisprudence de la cour de cassation, T. X. 1810. S. 281, das Axiom aufgestellt:

272. Pr. Ord.) Der Art. 365. enthält die nähere Vorschrift, daß, in den, im Art. 364. bestimmten Fällen, die neuen Rechtsgründe (moyens) und Einreden (exceptions) sogleich in der Beschwerden- und Vertheidigungsschrift [6]) vorgebracht werden müssen, und giebt dadurch zu verstehen, daß es in Hinsicht derjenigen Gegenstände, welche wirkliche, vielleicht erst lange nach verhandelter Beschwerdenschrift erwachsende Nebenforderungen betreffen, ganz bei demjenigen gelassen werden solle, was der ordentliche Tribunals-Proceß von den demandes incidentes vorschreibt.

Da nun überdem die vorliegende Frage, eben so wie die vorhergehende, ganz nach dem Argumente des Art. 106. der Pr. Ord. beantwortet werden muß, in dieser Vorschrift aber der den Kläger (Appellanten) treffende Nachtheil seines ungehorsamen Ausbleibens dahin bestimmt worden,

---

„L'état d'une contestation est fixé moins par la plaidoierie des avocats que par les conclusions signifiées." Art. 402 et 465. C. p. fr. Art. 335 u. 365 Westph. Pr; welche letztere die Worte des Code de pr. franç. „ne pourront être formées que par des simples actes des conclusions motivées" — in „seront proposés respectivement avec les griefs et défenses" abgeändert, wodurch gleichwohl keineswegs das Princip, daß die Parteien von den respectiven Forderungen durch schriftliche Conclusionen benachrichtigt seyn müssen, aufgehoben wird.

6) Auch das im fr. Text gebrauchte Wort défenses bedeutet stets eine Vertheidigungs-Schrift; daher die Uebersetzung völlig richtig ist.

daß der Beklagte (Appellat) von der Instanz entbunden wird, so ist es, auch aus diesem Grunde, nicht rechtlich möglich, den ungehörten, abwesenden Appellanten mit Nachtheilen zu belegen, womit ihn die Gesetze nicht bedrohten. Wären hingegen die neuen Forderungen des Appellaten dem Appellanten, nach Vorschrift der Lehre von den demandes incidentes, bekannt gemacht; so leidet es keinen Zweifel, daß der, nun die Rolle des Klägers angenommen habende, Appellat ein Contumacial-Erkenntniß gegen seinen ausgebliebenen Gegner erwirken könne.

Zum Verständniß der nachfolgenden Sentenz ist es nöthig, folgende wenige factische Umstände anzuführen.

Der Müllermeister Wolf zu Alvensleben hat von der kaiserlichen Domaine daselbst eine Mühle in Erbpacht. Der Pachtzins besteht in Früchten. Er blieb diese von einem Jahre schuldig, und wurde also von dem General-Pächter der Domaine, dem ehemal. Oberamtmann Uebel, bei dem Tribunale zu Neuhaldensleben belangt. Der Beklagte setzte als Einrede entgegen, daß er jetzt, da seine Mühlengerechtigkeit durch die Constitution vernichtet, überdem auch seine Nahrung, durch die Anlegung benachbarter Patent-Mühlen, sehr geschmälert sey, den alten Pachtzins nicht mehr entrichten könne, sondern, nach Maaßgabe des Preußischen allg. Landrechts, auf dessen Reduction, die er namhaft

machte, antragen müsse. Das Tribunal verwarf die Einreden, und condemnirte den Beklagten zur Bezahlung des Rückstandes. Beklagter legte die Appellation gehörig ein, prosequirte dieselbe aber nicht, daher denn der Appellat einen Audienz-Termin auswirkte, und in diesem darauf antrug:

nicht nur die gegenseitige Appellation für desert zu erklären, und die sententia a qua lediglich zu bestätigen, sondern auch den Appellanten zur Bezahlung des um Martini 1809 gültigen Marktpreises für die zu dieser Zeit fällig gewesene Prästation von zwei Wispel zwölf Scheffel Rocken, so wie der Verzugszinsen darauf, zu 5 p. c., von Martini 1809 an bis zum endlichen Zahlungstage, und in sämmtliche Kosten zu condemniren.

Der Appellationshof ertheilte hierauf folgendes

Urtheil.

Nach Ansicht der Art. der Pr. Ord. 368 und 106.

In Erwägung, daß Appellant, obgleich zu der heutigen Audienz ordnungsmäßig vorgeladen, dennoch nicht erschienen, und also in contumaciam zu erkennen;

In Erwägung, daß die Strafe für den nicht erscheinenden Kläger in dem Gesetze dahin festgesetzt ist, daß, auf den Antrag des Beklagten, dieser von dem Verfahren entlassen werde, nirgend

aber der Verlust des Klagrechts selbst als Strafe des Ungehorsams des Klägers gesetzlich ausgedrückt ist;

In Erwägung, daß in der Appellations-Instanz der Appellant als Kläger, d. i. als diejenige Person angesehen wird, welche gegen einen andern etwas gerichtlich auszuwirken beabsichtigt;

In Erwägung, daß das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, daß in der Appellations-Instanz die für die Untergerichte vorgeschriebenen Regeln, wenn sie durch speciellere Verfügungen keine Abänderungen erlitten, zu beobachten sind, und daß also, diesem nach, analogisch bei Nicht-Erscheinung des Appellanten weder auf Desertion der Berufung erkannt, noch die Sache selbst in Untersuchung gezogen, und nach dieser interlocutorisch oder definitiv geurtheilt zu werden vermag; (indem, im ersten Fall, der Appellant härter bestraft würde, als es die Gesetze wollen, im letzten aber ultra petita erkannt werden könnte;) also, nach der Analogie des 106ten Art. der Pr. Ord., zur Strafe des ausbleibenden Appellanten, der Appellat lediglich von der Instanz entbunden werden kann;

In Erwägung, daß, unter diesen Umständen, auf die neuen, dem Appellanten nicht schriftlich mitgetheilten, Forderungen des Appellaten nicht in contumaciam des Appellanten in dieser Instanz Rücksicht genommen zu werden vermag; indem das Gesetz die Nicht-Erscheinung des Klägers lediglich-

lich mit Entbindung des Beklagten von der Instanz, nicht aber mit eigner Verurtheilung, bestraft:

Erkennt,

daß Appellat von dieser Appellations-Instanz entlassen werde, mithin die sententia a qua provisorisch zu vollstrecken, und daß Appellant dem Appellaten sämmtliche Kosten dieser Instanz zu erstatten habe.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Zesterfleth, Stromeyer, v. Strahlenheim, v. Beulewitz, v. d. Wense, Wedemeyer, Richter.

Die in dieser Sentenz aufgestellte Theorie ist nachher fortwährend vom k. Appellations-Hofe angewendet; jedoch sind die Entscheidungs-Gründe, da von den appellatischen Anwälten nur auf Absolution des Appellaten von der Instanz concludirt ist, kürzer gefaßt. So erkannte z. B. die zweite Section des Appellations-Hofes am 23sten Febr. 1811 in Sachen Dubenkrop gegen Dubenkrop, in Betreff Herausgabe einer Lehnmühle, folgendergestalt:

Die zweite Section des Appellations-Hofes:

Nach Ansicht der Art. 106. und 368. der Pr. Ord.;

In Erwägung, daß Appellant, obgleich zu heutiger Audienz ordnungsmäßig vorgeladen, den-

noch nicht erschienen, und also in contumaciam zu erkennen;

Daß die Gesetze das Nicht-Erscheinen des Klägers oder Appellanten mit Entbindung des Beklagten oder Appellaten von der Instanz bestrafen;

Erkennt;

daß Appellat von der gegen ihn eingeleiteten Appellations-Instanz zu entbinden, die sententia a qua für executorisch zu erklären und Appellant in sämmtliche Kosten zu verurtheilen.

Auch von der ersten Section des Appellations-Hofes wird eine gleiche Theorie angewendet. Urtheil i. S. Nicolai g. Wiechmann, d. d. 20sten Febr. 1811.

## VI.

# Grundsteuer. — Erbpacht.

---

**Trägt der Erb-Pächter oder der Erb-Verpächter eines bisher steuerfrei gewesenen Grundstücks die neue constitutionsmäßige Grundsteuer?**

---

Das königliche Decret vom 23sten Februar 1808 verordnet, daß die Pächter und Miether der bisher steuerfrei gewesenen Grundstücke die auf dieselben, nach Vorschrift der Constitution des Königreichs Westphalen, gelegte Grundsteuer bezahlen, und diese Bezahlung den Eigenthümern derselben bei der Pacht anrechnen sollen. Diese Bestimmung ist eben so klar, als es nie dem geringsten Zweifel unterworfen war, daß der Eigenthümer, und nicht der Pächter oder Miether eines Grundstücks, die von demselben zu entrichtenden öffentlichen Abgaben tragen müsse, in sofern solche nicht auf die Früchte gelegt sind; denn mit Recht wird derjenige, welcher die Aufkünfte eines Grundstücks genießt, so angesehen, als wenn er es auch wirklich besäße. [1])

---

1) L. 39. D. de usufruct. „Quia, qui de pretio fruitur non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur.“

So unstreitig es also ist, daß der Eigenthümer, und nicht der Pächter eines bisher steuerfrei gewesenen Grundstücks, die neu im Königreiche Westphalen allgemein eingeführte Grundsteuer übernehmen müsse, so wenig Schwierigkeiten scheint auch, im ersten Augenblicke, die Beantwortung der Frage unterworfen zu seyn: ob eben diese Principien auch auf solche Grundstücke anzuwenden, die nicht in Zeit- sondern in Erbpacht gegeben worden. Nimmt man nämlich mit mehrern Schriftstellern an, daß sich die Erbpacht von der Zeitpacht lediglich durch die Dauer des Contractes, die bei der erstern ewig, bei der letztern aber beschränkt ist, unterscheide; so kann es nicht dem geringsten Zweifel unterworfen seyn, daß auch bei der Erbpacht dieselben Grundsätze, wie bei der Zeitpacht, zur Anwendung kommen müssen. Der Pacht-Contract verändert seine Natur keinesweges durch die Länge seiner Dauer; vielmehr bleiben die Verhältnisse zwischen Pächter und Verpächter stets dieselben, jene möge so lang oder so kurz sein, als sie wolle. Auch zweifle ich nicht daran, daß diese Grundsätze wirklich zur Anwendung, selbst bei Erbpachten, kommen müssen, sobald es gewiß ist, daß die Parteien, bei Eingehung derselben, die Absicht hatten, einen wahren Pacht-Contract zu schließen, dem sie nur, statt einer beschränkten, eine unbeschränkte Dauer anwiesen. Auch der Billigkeit gemäß ist diese Entscheidung: denn da, in dem vor-

ausgesetzten Falle, der Erb-Verpächter ein dem Pacht-Werthe des Grundstückes wahrscheinlich völlig angemessenes Pacht-Geld erhält, da er also derjenige ist, der die Aufkünfte des Grundstückes genießt, da er es sogar durch seinen Erb-Pächter besitzt, warum sollte dieser, und nicht er, mit Lasten beschwert werden, die auf das Grundstück, d. i. auf dessen möglichen Netto-Ertrag, und nicht auf die Früchte, gelegt wurden? — Selten wird sich jedoch in der Praxis ein solcher Erb-Pacht-Contract, welcher nur durch die Dauer von dem Zeit-Pacht-Contracte verschieden wäre, vorfinden. In der Regel wird sich vielmehr in der Erbpacht ein deutsches Institut darstellen, welches so wenig die römische, als die Napoleonische Gesetzgebung kennt.

Nach deutschen Grundsätzen ist, (mit dem allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten [2]) zu reden) die Erbpacht der Vertrag, vermöge dessen jemand das vollständige Nutzungsrecht einer fremden Sache, gegen einen damit im Verhältnisse stehenden Zins überkömmt. — Nur das grundherrliche Eigenthum behält sich der Erb-Verpächter vor [3]). Es findet hier also ein getheiltes

---

2) Allg. Landr. für die Preuß. Staaten, 1 Thl. 21 Tit. § 187.

3) Hagemann's Landwirthschaftsrecht S. 203. Ueber Erb-Pacht und ihren Beweis durch Vermuthungen S. v. Ende juristische Abhandlungen, Thl. 1. (Celle 1802.) S. 60. und

Eigenthum statt, und tritt daher ein Verhältniß ein, welches mit dem Zins- und Meier-Contracte und mehrern ähnlichen deutschen Instituten, (deren Natur und Beschaffenheit auseinander zu setzen und zu vergleichen überflüssig seyn würde, da es schon so oft und auf eine völlig genügende Art geschehen ist) sowohl denselben, oft dunkeln und entfernten, Ursprung hat, als es auch ähnliche Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringen muß [4]). Hier hat also der ursprüngliche Erb-Pacht-Contract mehr die Natur und Beschaffenheit des Kauf- als des Pacht-Contracts, wie denn auch, wenn er in neuern Zeiten geschlossen ist, in der Regel ein Erbstandsgeld [5]) bei Eingehung desselben entrichtet wurde. Unstreitig ist es aber der beste Theil des Eigenthums, welcher hier dem sogenannten Erb-Pächter zusteht. Er kann das Grundstück nach Belieben verbessern, ohne je fürchten zu dürfen, daß ein anderer seinen Fleiß genieße; dahingegen sein

---

Bülow's und Hagemann's practische Erörterungen, Thl. 3. S. 146. — Beide Abhandlungen stimmen überall dergestalt, fast wörtlich, überein, daß sie nicht für zwei sondern nur für eine und dieselbe Arbeit anzusehen sind. Das letzte Werk erschien zu Hannover 1801. also, hier nach, früher als das erste.

4) S. die citirte Abhandl. der H. H. v. Ende, v. Bülow und Hagemann, und die derselben hinzugefügte Litteratur. — v. Ramdohr juristische Erfahrungen, Thl. 5. S. 23. ff.

5) Pr. Landr. Th. 1. Tit. 21. § 195.

Gutsherr keine Hoffnung einer reichern Ernte hat. Mit Recht verordnet also das Preußische Landrecht (welches diesen deutschen Erb=Pacht=Contract vor Augen hat): der Erb=Pächter hat in Ansehung der erpachteten Sache, alle Rechte und Pflichten, welche einem Nießbraucher beigelegt sind; [6]) dieser aber hat die Verpflichtung, alle gewöhnlichen und ungewöhnlichen Lasten von der Sache, die ihm zum Nießbrauche eingeräumt ist, zu tragen [7]). Diese Grundsätze folgen zu sehr aus der Natur des deutschen Erb=Pacht=Instituts, als daß man sie nicht im ganzen Umfange des Königreichs Westphalen, zur Anwendung bringen und also stets den Erb=Pächter eines bisher freien Grundstücks zur Bezahlung der neuen Grundsteuer anhalten sollte, sobald nicht aus der Ueberlassungs=Urkunde eine andere Absicht der Parteien deutlich hervorgeht; oder sobald es nicht gewiß ist, daß nicht von dem in Frage stehenden deutschen Institute, sondern von einem wahren Pacht=Contracte, wodurch kein Theil des Eigenthums veräußert wurde, die Rede sey. In diesem Falle hat der Eigenthümer freilich auch keine Hoffnung eines höhern Ertrages, jedoch, indem er einen, ihm so nachtheiligen Contract einging, und sich ein Eigenthum vorbehielt, dessen Benutzung er

6) Pr. Landr. 1 Thl. 21 Tit. § 199.

7) Pr. Landr. l. c. § 87.

sich so sehr beschränkte, hat er sich auch die Folgen eines solchen Contractes selbst beizumessen.

In dem nachstehenden, in Sachen der Erbpächter des Guts Beelitz, Joachim Schulze und Cons., gegen den Hofrath Stern zu Tangermünde, am 23sten Febr. 1811 abgegebenen, Erkenntnisse des Appellations-Hofes zu Celle, sind die kurz ausgeführten Grundsätze, zum Theil, angedeutet, obgleich sie, bei einer bestimmten Stipulation der Parteien, durch welche ihre wechselseitigen Verhältnisse festgesetzt waren, nicht eigentlich zur Anwendung gebracht werden konnten.

## Urtheil.

Die zweite Section des Appellations-Hofes:

Nach Ansicht des 2ten Art. des Code Nap.;

Der §§ 70 und 71 1 Thl. 4 Tit. des allg. Landrechts für die Preußischen Staaten, welche lauten:

Ist in der Erklärung die Absicht deutlich ausgedrückt, so sind zweifelhafte Stellen dieser Absicht gemäß auszulegen.

Hat der Erklärende seinen Willen bei anderer Gelegenheit deutlich geäußert, so muß das Dunkle einer streitigen Erklärung dieser deutlichen Aeußerung gemäß verstanden werden.

Desgleichen des § 127. 1 Thl. 5 Tit. Preuß. Landr., welcher lautet:

Ist ein Vertrag schriftlich geschlossen worden, so muß alles was auf die Verabredung der Parteien ankömmt blos nach dem schriftlichen Contracte beurtheilt werden;

Nach Ansicht des 4ten und 9ten § des unter den Parteien am 10ten März 1795 abgeschlossenen Erb-Pacht-Contracts;

In Erwägung, daß, nach dem gedachten 4ten §, der Erb-Verpächter alle (nicht besonders ausgenommene) Gutsabgaben von den in Erbpacht gegebenen Grundstücken übernommen, und daß, nach dem 9ten §, es keinem gegründeten Zweifel unterworfen seyn kann, daß, zur Zeit der Abschließung des Contracts, es der Parteien Absicht gewesen, daß der Verpächter, außer den nicht besonders ausgenommenen Abgaben, alle übrigen, sowohl gegenwärtigen als zukünftigen, gewöhnlichen als ungewöhnlichen, von den verpachteten Grundstücken zu entrichtenden onera übernehme;

In Erwägung, daß, bei dieser speciellen Bestimmung der Parteien, nichts darauf ankommen kann, was, nach Maaßgabe der preußischen Legislation, die hier zur Anwendung kommen würde, in Hinsicht der Verpflichtung der Erb-Pächter zur Bezahlung der auf das in Erbpacht gegebene Grundstück gelegten öffentlichen Abgaben verordnet ist, vielmehr die Parteien lediglich nach dem unter ihnen obwaltenden speciellen Gesetze, ihrem Contracte, zu beurtheilen sind;

Erkennt:

daß von dem Gerichte erster Instanz durch die Sentenz vom 30sten Oct. wohl gesprochen, übel aber appellirt, mithin jenes Erkenntniß zu bestätigen und Appellant auch in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Zesterfleth, Stromeyer, v. Strahlenheim, v. Beulewitz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellations-Richter.

---

Die hier aufgestellten Grundsätze sind auch von dem königlichen Appellations-Hofe zu Cassel, in folgender (von einer der obigen Parteien abschriftlich producirten) Sentenz zum Theil ausgedrückt, obgleich die in dieser Sache obwaltenden factischen Umstände eine entgegengesetzte Entscheidung veranlaßten. (In Sachen des v. Gail zu Stendal gegen die Erb-Pächter Spiegelsdorf und Cons. am 10ten Febr. 1810.)

Urtheil.

Der Appellations-Hof erwägend, daß:

1. Die den Appellanten in dem 7ten § des Erbpacht-Contractes vom 4ten August 1805 versprochene Gewährleistung für die Contributions-Freiheit offenbar nur diejenige Gerech-

tigkeit zum Gegenstande gehabt haben kann, welche damahls den sämmtlichen Rittergütern im Königreiche Preußen zustand, daß demnach

2. die Contrahenten beiderseits an die durch die Constitution des Königreichs Westphalen erst allgemein eingeführte Besteurung dieser sonst freien Güter gar nicht gedacht haben können, Verträge überhaupt auch, vorschriftlich der Artikel 1156 und 1163 C. N., nach der Intention der Parteien erklärt werden müssen, und wenn auch die Ausdrücke des Instruments noch so allgemein gefaßt sind, doch diejenigen Gegenstände, woran die Contrahenten gar nicht denken konnten, für darunter begriffen nicht erachtet werden sollen, mithin eine Verbindlichkeit des Appellanten zur Entschädigung aus dem Erbpacht-Contracte nicht hervorgeht; angesehen, daß derselbe

3. am Ende des 7ten § des befragten Contracts auch sogar in Ansehung der Kriegeslieferungen von aller desfalsigen Vergütung oder Schadenserstattung frei zu seyn, sich ausdrücklich bedungen hat; [8])

---

8) In dem Contracte, welcher in Sachen Schulze contra Heern zum Grunde lag, war, in Betreff der Kriegslieferungen und außerordentlichen Abgaben, grade das Gegentheil stipulirt, wie denn überhaupt die Intention der Parteien, daß die Erb-Pächter mit keinen öffentlichen, gegenwärtigen oder zukünftigen Lasten etwas zu thun haben sollten, deutlich aus dem Contracte hervorging.

in weiterer Erwägung, daß

4. der 190ste § des 21 Tit. 1 Thl. des allg. Pr. Landr. die Pflichten eines Erb-Pächters mit den Obliegenheiten eines Nießbrauchers völlig gleichstellt, der vorhergehende 87ste § aber diesen letztern alle gewöhnlichen Lasten und Abgaben von der Sache zu tragen ausdrücklich verpflichtet, daß

5. die Erb-Pächter, indem sie zu einer Zeit, wo diese Gesetze Kraft und Anwendung hatten, contrahirten, sich auch zu Tragung dieser Lasten und Abgaben verbindlich gemacht haben, folglich

6. die nachherige Einführung des C. N., wenn auch etwas anders darin verordnet wäre, ihre bereits vorher feststehenden Verbindlichkeiten nicht verändern, noch sie, die Kläger, von deren Uebernahme befreien könnte, daß aber auch

7. die Dispositionen dieses zuletzt gedachten Gesetzbuchs die Klage der Appellaten nicht begründen, indem darin Art. 608 die Contribution zu denjenigen Abgaben und Lasten gezählt wird, welche der Nießbraucher von den Nutzungen des Guts zu leisten schuldig ist;

in fernerm Betracht, daß

8. der 6te Art. des k. Decr. v. 3ten Sept. 1808, worin appellatischer Theil ein Recht zur Rückforderung des bezahlten Steuerbetrages begründen will, da derselbe blos von

der Erstattung der den Temporal-Beständern auferlegten Auslagen handelt, auf die Kläger, als Erb-Pächter, nicht angewendet werden mag, in Ansehung dieser vielmehr der 26sten Art. des k. Decr. v. 21sten Aug. 1808, vorausgesetzt, daß hier von schon vorher contribuirten Gütern die Rede wäre, zur Anwendung kommen würde, daß man demnach

9. der Herbeiziehung der im Art. 1647 C. N. enthaltenen Disposition nicht bedarf, um die von dem Appellaten angestellte Klage für ungegründet zu halten,

Erkennt:

daß das von dem Districts-Gerichte zu Stendal am 25sten Aug. 1809 ertheilte Erkenntniß abzuändern, und Appellaten mit der angestellten Entschädigungs-Klage abzuweisen u. s. w.

Dritte Section.

---

# VII.

## Ehescheidungs-Verfahren im Appellatorio. — Recrimination.

**Wird auch im Ehescheidungs-Verfahren aus bestimmten Ursachen durch die Appellation die Sache bis zur Litiscontestation zurückgeführt? Sind also in demselben neue Beweismittel zulässig?**

**Verlieren die Vergehungen des einen Ehegatten, welche von der Beschaffenheit sind, daß sie eine Ehetrennung veranlassen können, ihren Character der Böslichkeit dadurch, daß sich der beleidigte Ehegatte auch seiner Seits hat Vergehungen gegen den Beleidiger zu Schulden kommen lassen?**

### I.

Das Gesetzbuch Napoleons schreibt mit einer erschöpfenden Umständlichkeit diejenigen Formen vor, die, bei Strafe der Nichtigkeit, bei dem Ehescheidungs-Verfahren beobachtet werden müssen.[1]) Diese

1) Locré, esprit du Code Nap. T. III. p. 196. seq. ed. in 4to. Procès-verbaux du conseil d'état, T. I. p. 302. seq. Treilhard, exposé des motifs, ad art. 230. seq. du C. N. (Tom. II. p. 333. seq. des motifs.) Jurisprudence du C. N. p. Bavoux et Loisseau. T. X. p. 253.

Formen, welche die bestimmte Tendenz haben, nicht nur die Ehescheidungen zu erschweren, sondern auch vorzüglich, jede Verabredung unter sich überdrüssiger Ehegatten zu verhindern, um so zu der gewünschten Trennung zu gelangen, bilden ein ganz eigenes, vollständiges processualisches System, [2]) welches eben so wenig aus der bürgerlichen Proceßordnung ergänzt und erläutert werden kann (in sofern das Gesetz nicht selbst, wie z. B. Art. 241. C. N., auf dieselbe zurückweiset), als diese aus dem Codex für das peinliche Verfahren Ergänzungen und Erläuterungen zu erhalten vermöchte. Die französische Jurisprudenz ist in dieser Absonderung jener beiden Verfahrungsarten so strenge, daß sie nicht einmahl die für den gewöhnlichen bürgerlichen Proceß im Allgemeinen angeordneten Institute bei dem Ehescheidungs-Verfahren zuläßt, und daher, z. B., erlaubt, daß für den Beklagten auch solche Mandatarien vor Gericht auftreten können, welche keine Anwälte (avoués) sind; indem das Gesetzbuch Napoleons, Art. 243., nur eines Bevollmächtigten, (fondé de pouvoir) nicht aber eines Anwalts erwähnet; [3]) so wie jene Jurisprudenz

---

2) Exposé des motifs, Tom. II. p. 333. „La marche de l'instruction d'une demande en divorce ne doit pas être confondue avec la marche de l'instruction d'une affaire ordinaire . . . . . . Toutes les dispositions du projet relatives aux formes ont été rédigées en conséquence."

3) Erkenntniß des Appellations-Hofes zu Amiens vom 13.

auch das Rechtsmittel der Opposition, obgleich im gemeinen Verfahren gegen Contumacial-Erkenntnisse zulässig, ja selbst, nach Art. 265. C. N., in der Appellations-Instanz in Ehescheidungssachen erlaubt, lediglich deßwegen in diesen Sachen gegen Contumacial-Erkenntnisse der ersten Instanz nicht zuläßt, weil das Gesetz nirgend dieses Rechtsmittels bei dem Verfahren vor dem Districts-Tribunale [4]) Erwähnung thut.

Jene Theorie kann, schon der Natur der Sache nach, keinem bedeutenden Zweifel unterworfen seyn; — denn weßwegen hätte der Gesetzgeber mit so umständlicher Genauigkeit die in dem Ehescheidungs-Verfahren zu beobachtenden Formen vorgeschrieben, wenn er gewollt hätte, daß sie nachher, durch Ergänzungen und Erläuterungen aus einem, aus ganz andern Gesichtspuncten abgefaßten Gesetze, ungewiß gemacht werden sollten? — In Frankreich wenigstens ist sie über allen Zweifel erhaben, da sie diejenige Jurisprudenz ist, welche das Cassations-Gericht in dieser Materie angenommen hat. [5])

Fructidor XI. Jurisprudence du Code Napoléon. T. II. p. 21. seq.

4) Erkenntniß des Appell. Hofes zu Aix vom 7ten Mai 1809. Jurispr. du Code Nap. T. XIV. p. 26.

Irrig wird das Gegentheil in den Pandectes franç. T. IV. p. 57. behauptet.

5) Erkenntniß des Cassations-Hofes zu Paris, d. d. 28sten Decemb. 1807:

Unter mehrern in die Augen fallenden Abweichungen des Ehescheidungs-Verfahrens von dem gewöhnlichen, ist es unstreitig eine der merkwürdigsten, daß die ganze Procedur vollständig vor dem Richter der ersten Instanz vorgenommen werden muß. Weder die Fassung des Gesetzes, noch der Gesichtspunct, [6]) aus welchem solches entworfen ist, noch die französische Jurisprudenz, lassen den geringsten Zweifel hierüber zu. Eine Folge dieser Verfügung ist es nun, daß wenn in den Formen der Procedur der ersten Instanz etwas Wesentliches versäumet, oder eine Nichtigkeit begangen wurde, dieses keinesweges, wie in dem gewöhnlichen Verfahren, in der Appellations-Instanz nachgeholet, oder die Nichtigkeit gehoben werden kann [7]) (schon aus dem einfachen Grunde,

---

„Vu la section première du chapitre II. du titre du divorce dans le Code Napoléon, et les articles 879 et 881. du code de procédure;

Attendu que le Code Napoléon a déterminées les formes qui doivent être observées en matière de divorce pour cause déterminée;

Que ce code renferme un système complet d'instruction, fondé sur des principes propres à la matière;

Attendu que lorsque le législateur a voulu que dans les procédures en matière de divorce pour cause déterminée on recourut aux formes de la procédure ordinaire, il l'a dit, témoin l'art. 241. C. N.;

Casse etc. Jurisprudence du Code Nap. T. XIV. p. 255.

6) Procès-verbaux, contenants la discussion du C. N. au conseil d'état. T. I. p. 369. seq.

7) Art. 354. Pr. Ord. Es kann daher auch im Eheschei-

weil durch die Versäumung einer wesentlichen Förmlichkeit das ganze Verfahren nichtig wird, welche Nichtigkeit in einer, die öffentliche Ordnung angehenden Sache von den Parteien nicht gehoben zu werden vermag), daher denn auch nur diese Nichtigkeit des Verfahrens, nicht aber ein Ehescheidungs-Erkenntniß, wenn gleich Gründe vorhanden wären, die solches bewirken könnten, von dem Appellationshofe ausgesprochen wird.

Selbst aber auch alsdann, wenn in der ersten Instanz ein völlig regelmäßiges Verfahren statt hatte, können neue Zeugen, zur Unterstützung des Klaggrundes oder der Exceptionen, in der Appellations-Instanz nicht vorgeschlagen werden, so sehr dieses im gewöhnlichen Civil-Verfahren erlaubt ist. [8]) Folgte dieses auch nicht schon aus dem ganzen Systeme, welches in dem Ehescheidungs-Processe zum Grunde liegt, so würde doch der Art. 249. C. N. diesen Willen des Gesetzgebers deut-

---

dungs-Verfahren eine in der ersten Instanz begangene, in der Appellations-Instanz nicht gerügte Nichtigkeit, auch noch vor dem Cassations-Hofe gerügt werden, ohne daß man dem Recurrenten obigen Art. entgegen setzen könnte. In einer die öffentliche Ordnung angehenden Sache können die Parteien nicht transigiren. Auch die Erklärung, sich bei dem Erkenntnisse erster oder zweiter Instanz beruhigen zu wollen, bewirkt keine Rechtskraft. Nur der Ablauf der Fatalien bewirkt diese. Jurisprudence du Code Nap. T. VII. p. 468.

8) Art. 364. Pr. Ord.

9) Das Zeugenverhör muß dergestalt nothwendig vor dem competenten Tribunale erster Instanz geschehen, daß dieses

lich aussprechen. Die Gründe, welche es verbiethen, nicht zu erlauben, daß nach den statt gehabten mündlichen Verhandlungen in erster Instanz noch neue Zeugen zugelassen werden, treten im ungleich höhern Grade ein, wenn davon die Rede ist, ob in dem Appellations-Verfahren, welches in der Regel, eine bedeutende Zeit nach dem ersten Verfahren statt hat, noch neue Zeugen zugelassen werden können. [9]) Auch treten noch mehrere Gründe ein, welche den Gesetzgeber bewegen mußten, ganz andere Verhältnisse in dem Appellations-Verfahren in Ehescheidungs-Sachen, als im gewöhnlichen Processe, eintreten zu lassen. In diesem verhallen die Vorträge der Parteien mit der Audienz. Um also in der Appellations-Instanz prüfen zu können, ob gut oder übel geurtheilt sey, mußte, so zu sagen, der Proceß noch einmahl von neuen angehen. Nicht so im Ehescheidungs-Verfahren: es sind in diesem Acten vorhanden, welche geprüft werden können. Die Vorträge der Parteien waren, nach dem Art. 244. C. N., genau zu Protocoll genommen, der Appellations-Richter kann also, durch Einsicht dieser Acten und der Zeugenverhöre, eine so genaue Kenntniß von dem Verfahren der

---

nicht einmahl die Abhörung durch ein Ersuchungsschreiben (commission rogatoire) einem andern Tribunale auftragen kann. Jurisprudence du Code Nap. T. III. p. 398. — Schreiben des H. Just. Minist. d. d. 2. Febr. 1811. Oesterley's Mag. III. 3. p. 242.

ersten Instanz erhalten, als wenn er selbst dabei gegenwärtig gewesen wäre. Also auch in dieser Hinsicht hatte der Gesetzgeber nicht nöthig, den Grundsatz, daß durch die Appellation der Proceß bis zur Litiscontestation zurückgeführt werde, auch im Ehescheidungs-Verfahren gelten zu lassen.

Die hier aufgestellten Grundsätze hat die zweite Section des Appellationshofes durch nachfolgende, in Sachen Böschen, verehlichte Schmidt, gegen ihren Ehemann, am 9ten März 1811, abgegebene Sentenz ausgesprochen.

Die factischen Umstände, welche zum Verständniß der Sentenz anzuführen nöthig sind, waren folgende:

Die Klägerinn klagte auf Ehescheidung, wegen erlittener Mißhandlungen, bei dem Tribunale iu Neuhaldensleben. Dieses erkannte die Ehescheidung unter andern aus folgenden Gründen:

„In Erwägung, daß Verklagter selbst eingestanden hat, die Klägerinn zu verschiedenen Mahlen geschlagen zu haben;

daß die Mißhandlungen, welche sich Verklagter gegen die Klägerinn erlaubt hat, nach der Aussage der eidlich abgehörten Zeugen, den Character der Grausamkeit annehmen, wirkliche Excesse sind, und, wegen ihrer öftern Wiederhohlung, das Unglück der Ehe zu Tage legen, indem der N. N. beurkundet u. s. w.;

daß die Behauptung des Verklagten, Klägerinn

habe sich eines ehebrecherischen Umganges verdächtig gemacht, in mindesten nicht erwiesen ist, Verklagter also auch hierdurch nicht zu den obigen Mißhandlungen verleitet werden konnte und durfte." —

Der Beklagte glaubte sich hierbei nicht beruhigen zu können, und appellirte.

In der Appellations-Instanz schlug er neue Zeugen vor, um den seiner Frau angeschuldigten Ehebruch, oder doch die große Wahrscheinlichkeit desselben, darzuthun. Er glaubte, daß ihm dieser neue Beweis, nach dem 364sten Art. der Proceß-Ordnung, nicht versagt werden könne. Nach dargethanem Ehebruch seiner Frau, vermeinte er auf eine ganz andere Entscheidung Anspruch machen zu können, indem nicht nur seine Behandlung dadurch gewissermaßen gerechtfertiget, sondern auch seiner Frauen Klagrecht dadurch dergestalt vernichtet würde, daß nun nicht sie, sondern er, als auf Ehescheidung zu klagen berechtigt erschiene. Er bat also, seine Frau mit ihrer Klage abzuweisen, in der Reconvention, welche er anstellen zu können glaubte, auf seinen Antrag die Ehescheidung, wegen Ehebruchs, auszusprechen, und seine Frau zugleich zur Tragung aller nachtheiligen Folgen dieses Ausspruchs zu verurtheilen.

## II.

Bei der Untersuchung obiger Beschwerden kam auch die Frage mit zur Beantwortung, ob, wenn

ja noch der erbethene Beweis (wie doch nicht) zulässig seyn könnte, der Appellant überall aus der beabsichtigten Recrimination Nutzen zu ziehen vermöchte? Auch diese Frage wurde von dem Gerichte verneinend beantwortet.

Wäre es die Absicht des Gesetzes gewesen, die Wirkung des Verbrechens des einen Ehegatten durch das des andern aufzuheben, und also der Reciprocität der Verbrechen dieselbe Wirkung als der Versöhnung beizulegen, so würde dies unstreitig von dem Gesetzgeber im dritten Abschnitte des Capitels von der Ehescheidung aus bestimmten Ursachen ausgedrückt seyn. Schon der Umstand, daß dieses nicht geschehen ist, beweist, daß der Gesetzgeber diese Einrede für unzulässig gehalten wissen wollte. Aber auch die Natur der Sache und die Gesetze der Moral verbothen dergleichen Recriminationen [10]. Ein Angeschuldigter muß sich reinigen und nicht wieder anschuldigen, bis seine Unschuld rechtlich anerkannt wurde. Nicht Gegenbeschuldigung, sondern die Schuldlosigkeit bewirkt Freisprechung [11]. Diese Grundsätze des römischen Rechts kommen auch im heutigen Ehescheidungs-Verfahren in sofern zur An-

10) Locré, esprit du Cod. Nap. T. III. p. 268 ed. in 4to.

11) L. 5. D. de publicis iudiciis. (XLVIII. 1.) Si quis reus factus est purgare se debet, nec ante potest accusare quam fuerit excusatus: constitutionibus enim observatur, ut non relatione criminum sed innocentia reus purgetur.

wendung, daß das erwiesene Gegen-Unrecht nur ebenfalls zu einer Klage, nicht aber zur Entbindung Berechtigung geben kann. Diese Grundsätze sind auch die der französischen Jurisprudenz [12]).

Da jedoch der Richter von dem Gesetze die Verpflichtung erhielt, zu erwägen, ob die angeführten Beleidigungen wirklich von der Art sind, daß sie die Ehescheidung bewirken können, wobei es sehr auf Stand und Verhältnisse der Personen und die Umstände [13]) ankömmt, so muß in sofern auch der Beweis einer Gegenanschuldigung zugelassen werden, daß daraus Umstände hervorgehen können, welche der Beleidigung, die Ursache der Ehescheidung werden soll, den Character der Böslichkeit

---

12) Erkenntniß des Appellations-Hofes zu Brüssel vom 28. Floréal XIII.

Attendu qu'il résulte de la déclaration des ouis en l'enquête directe, et contre lesquels il n'y a eu aucun reproche juridiquement fourni, preuve suffisante des faits allégués par l'appellante;

Attendu que l'intimé n'a point détruit la force de la preuve directe, et que les témoins par lui produits n'ont en général déposé que sur des faits qui tendent à récriminer, et à établir une compensation non admissible etc.

Jurisprudence du Code Nap. T. V. p. 70.

13) Es ist daher unmöglich im Allgemeinen die Fragen, z. B., zu beantworten, ob die Verlassung des einen Ehegatten, oder, die Ansteckung mit einer schimpflichen Krankheit die Ehescheidung begründen könne, oder nicht; worüber schon so viel vor den französischen Gerichtshöfen gestritten wurde. — S. Abhandlung Nr. X. dieses Hefts.

und Grausamkeit nahmen. Wenn, zum Beispiel, ein Mann, in Gesellschaft anderer, seine Frau des Ehebruchs beschuldigt hätte, und diese hätte ihm auf der Stelle eine wirkliche Injurie zugefügt, so würde gewiß der Mann diese nicht für eine solche Beleidigung ausgeben können, wodurch die Ehescheidung begründet würde. Eben so ungerecht würde es seyn, die Ehescheidung gegen einen Ehemann auszusprechen, welcher von seiner Ehefrau angeklagt wäre, sie in dem Momente, wo er sie im Ehebruche überraschte, mit Schimpfworten oder gar mit Schlägen, wenn diese nur nicht den Character wahrer Grausamkeit gehabt hätten, beleidigt zu haben. Von dieser Art der Recriminationen ist hier nicht die Rede, und sie werden auch mit Recht durch die französische Jurisprudenz zugelassen [14].

---

14) Erkennt. des Cassations-Gerichts zu Paris vom 15. Prairial XIII. Jurisprudence du C. N. T. V. p. 67.

Merlin, répertoire universel de Jurispr. T. III. p. 783 wo sich dieser berühmte Rechtsgelehrte, in einer von ihm im Cassationshofe zu Paris abgegebenen Conclusion folgendermaßen äußert, indem er ein Erkenntniß des Appellationshofes von Orleans vertheidigt, welches auf die unregelmäßige Lebensart der Klägerin in sofern Rücksicht genommen hatte, daß es darnach den Character der Handlungen des Ehemanns beurtheilte:

„Il ne dit pas (l'arrêt de la cour d'Orleans) comme on le suppose que l'inconduite de la demanderesse éleve contre elle une fin de non recevoir: il dit seulement que, vu l'inconduite de la demanderesse, les faits qu'elle

## Urtheil.

Die zweite Section des Appellations-Hofes:

Nach Anhörung der conformen Conclusionen, des Herrn Subst. proc.-gén.;

Nach Ansicht des ersten Abschnittes des zweiten Capitels des Titels von der Ehescheidung im Gesetzbuch Napoleons;

In Erwägung, daß die in diesem Gesetze verordneten, bei dem Ehescheidungs-Verfahren zu beobachtenden Formen dergestalt ein vollständiges processualisches System bilden, das nicht angenom-

---

a articulés et prouvés ne sont pas de la nature de ceux caracterisés par la loi pour autoriser la demande en divorce; ou, en d'autres termes, il dit seulement que, par l'effet de l'inconduite de la demanderesse, les excès, les sévices, les injures dont elle se plaint, quoique graves par eux-mêmes, cessent de l'être assez pour faire accueillir la demande; il dit seulement que la gravité de ces faits est alterée par l'inconduite et le déréglement des moeurs qui les ont provoqués; il dit et il juge seulement qu'un mari, justement irrité par la vie scandaleuse de son épouse, a pu, sans encourir la peine du divorce, se porter contre elle à des outrages, à des voies de fait qui, dans toute autre circonstance, seroient inexcusables de sa part; il dit et il juge seulement qu'une femme coupable du plus grand des attentats, à la sainteté du noeud qui la lie, ne doit pas obtenir le divorce si facilement qu'une épouse innocente et vertueuse: et que telles injures qui seroient suffisans pour le faire prononcer en faveur de celle-ci, ne le sont nécessairement pour le faire prononcer en faveur de celle-là. Eh, pourriez-vous, Messieurs, ne pas applaudir à une décision aussi sage, aussi morale? . . . . .“

men werden kann, daß es erlaubt sey, dasselbe in andern Fällen aus der bürgerlichen Proceß-Ordnung zu ergänzen, als da, wo eine solche Ergänzung, wie z. B. im Art. 241. geschehen ist, ausdrücklich von dem Gesetzgeber vorgeschrieben wurde;

In Erwägung, daß das ganze Ehescheidungs-Verfahren lediglich auf die Tribunale erster Instanz berechnet, und also in sofern auch gänzlich vor diesen zu vollenden ist, so, daß es den Parteien nicht erlaubt seyn kann, irgend eine processualische Handlung, welche das Gesetz als wesentlich zu dem Ehescheidungs-Verfahren gehörig vorschreibt, vor einem andern Richter, als dem Tribunale erster Instanz vorzunehmen; woraus denn folgen muß, daß wenn die Parteien dergleichen wesentlich vor dem Richter der ersten Instanz vorzunehmende Handlungen versäumten, ihnen nicht die Befugniß eingeräumt werden kann, dieselben in der Appellations-Instanz nachzuholen, indem eine solche Ergänzung eines ursprünglich mangelhaften Verfahrens, nicht nur dem von dem Gesetze aufgestellten Systeme zuwider seyn, sondern auch zu bedeutenden Mißbräuchen die Veranlassung geben könnte, daß also das sonst richtige Princip, daß in der Appellations-Instanz die Sache bis zur Litiscontestation zurückgeführt werde, im Ehescheidungs-Verfahren eben so wenig zur Anwendung kommen kann, als dieses mit der Eides-Delation, dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vo-

rigen Stand und der Opposition gegen Erkenntnisse erster Instanz der Fall ist, die sämmtlich, obgleich nicht bestimmt ausgeschlossen, doch, nach einer feststehenden Jurisprudenz, im Ehescheidungs-Verfahren, als nicht besonders von dem Gesetze erwähnt, auch nicht zulässig sind;

In Erwägung, daß, aus diesen Gründen, und selbst nach der bestimmten, in dem Art. 249. C. N. enthaltenen Vorschrift des Gesetzes, derjenige Beweis des von der Appellatinn angeblich begangenen Ehebruchs, wozu sich Appellant erbiethet, in der Appellations-Instanz um so weniger zulässig ist, da derselbe, nach geschlossenem mündlichen Verfahren, nicht einmahl in der vorigen Instanz würde zulässig gewesen seyn;

In Erwägung, daß ein solcher Beweis, wenn er auch zugelassen und geführt werden könnte, dem ungeachtet gänzlich irrelevant seyn würde, indem das solchergestalt dargethane Unrecht der Ehefrau des Appellanten ihm wohl die Berechtigung ertheilen konnte, in erster Instanz, mit Beobachtung aller von dem Gesetze vorgeschriebenen Förmlichkeiten, selbst auf Ehescheidung zu klagen, keinesweges aber gedachte seine Ehefrau durch Excesse und grausame Behandlungen zu beleidigen, welche Beleidigungen durch eine solche Recrimination eben so wenig von ihrem Character verliehren, als dieselbe im Ehescheidungs-Verfahren überall nicht zulässig ist, da theils die Gesetze solche Recrimi-

nationen nirgend statuiren, theils dieselben auch den Vorschriften der Moral gänzlich zuwider seyn würden;

In Erwägung jedoch, daß Appellant nicht allein durch das seiner Ehefrau vorgeworfene Unrecht die von ihm begangenen Thätlichkeiten entschuldigen will, sondern daß er ihnen auch, im Allgemeinen, den Character solcher Beleidigungen abspricht, welche eine Ehescheidung zu bewirken im Stande sind, und daß die Untersuchung der Wahrheit dieses Vorbringen sich nicht anders beurtheilen läßt, als wenn zuvörderst die unterrichterliche Procedur, und vorzüglich die über die Aussagen der Zeugen aufgenommenen Protocolle eingesehen sind;

Erkennt:

daß Appellant zwar mit fernern Beweisen nicht zuzulassen, daß jedoch derselbe die vollständige Procedur der ersten Instanz in dieser Sache, in einer authentischen Expedition, binnen einem Zeitraume von vier Wochen, von dem heutigen Tage angerechnet, auf dem Secretariate des Appellations-Hofes niederzulegen habe, worauf sodann in der Audienz am 27sten April, nachdem appellantischer Anwalt aus gedachten Verhandlungen seine Behauptung, daß die eingestandenen Beleidigungen des Appellanten nicht einen solchen Character hatten, daß sie eine Ehescheidung zu bewirken im

Stande wären, ordnungsmäßig deducirt, eine definitive Entscheidung erfolgen soll.

In die Kosten [15]) des heutigen Verfahrens und gegenwärtigen Erkenntnisses wird der Appellant verurtheilt, da es seine Pflicht war, nicht nur die vollständigen Verhandlungen der ersten Instanz dem öffentlichen Ministerio mitzutheilen, sondern auch solche zur Stelle zu haben.

Gegenwärtig: die H. H. von Strombeck, Präsident, v. Zesterfleth, Stromeyer, v. Strahlenheim, v. Beulewitz, v. d. Wense. Es concludirte Herr Blumenbach, Procureur-général-substitut.

15) S. Nr. VIII. dieser Sammlung.

# VIII.

## Ehescheidung. — Eides-Delation.

Hat das Beweismittel durch Eides-Zuschiebung im Ehescheidungs-Processe statt?

Der 247ste Art. des C. N. schreibt vor:

„Hält das Gericht die Ehescheidungs-Klage zum endlichen Spruche reif, so entscheidet es über die Klage; im entgegengesetzten Falle läßt es den Kläger zum Beweise der von ihm angeführten erheblichen Thatsachen, und den Beklagten zum Gegenbeweise zu;"

und die Artikel 1358, 1359, 1360. C. N. verordnen:

„Ueber jede Gattung von Streitigkeiten kann der Entscheidungs-Eid zugeschoben werden. [1]) —

---

1) Womit die Vorschriften des römischen Rechts gänzlich übereinstimmen. L. 3. § 1. D. de jurejurando: Quacunque autem actione quis conveniatur, si juraverit, proficiet ei jusjurandum: sive in personam, sive in rem, sive in factum, sive poenam actione, vel quavis alia agatur, sive de interdicto.

L. 25. § 3. D. de probat.: In omnibus autem visionibus, quas praeposuimus, licentia concedenda est ei, cui onus probandi incumbit, adversario suo de rei veri-

Er kann nur über eigne Handlungen dessen, dem man ihn anträgt, zugeschoben werden. — Er kann in jeder Lage des Rechtsstreits zugeschoben werden u. s. w."

Diese letzteren Vorschriften des Gesetzes sind in dem Capitel von dem Beweise der Verbindlichkeiten aufgenommen.

Keine Thathandlungen sind schwerer zu beweisen, als diejenigen, welche gewöhnlich zu dem Ehescheidungs-Verfahren die Veranlassung geben. In der Regel gehören sie zu denjenigen, vor denen sich der Mensch am meisten zu schämen hat, indem sie nur in verachtungswürdigen Brutalitäten oder in einem der schimpflichsten Verbrechen, im Ehebruche, bestehen können. 2) Wenn Verbrecher in der Regel ihre Handlungen in die Nacht des Geheimnisses zu verhüllen suchen, so haben dazu die Ausüber jener Schandthaten die größte Ursache: es verfolgt sie Strafe des Gesetzes, Verlust am Vermögen und Schande in gleichem Maaße. Sehr schwer sind also, in der Regel, jene Thathandlungen zu beweisen, und mancher unglückliche

tate jusjurandum inferre, . . . . ut judex juramenti fidem secutus ita sententiam suam possit formare, jure referendae religionis, ei servato.

2) Ich erwähne nicht der Ehescheidungs-Ursache, die aus einer infamirenden Strafe entsteht. Das Verfahren, welches diese Ursache veranlaßt, ist so kurz, daß es kaum ein Proceß genannt werden kann.

Gatte kann die Ketten, die er sich selbst schmiedete, nicht zerreißen, weil es ihm am Beweise der Ursachen fehlt, welche im Stande wären, sie ihm zu zerbrechen. [3])

Darf ein solcher unglücklicher Kläger, im Begriff seinen Rechtsstreit zu verlieren, zu dem letzten (nur zu unsichern) [4]) Hülfsmittel schreiten, seinem Gegner den Eid über die abgeleugneten Thathandlungen zu deferiren?

Die Verordnung, welche die Eideszuschiebung, um solchergestalt zu einem Beweise zu gelangen,

---

3) Um die hier stattfindende große Schwierigkeit des Beweises durch Zeugen nach Möglichkeit zu erleichtern, verordnete der Art. 251. C. N.: „Die Verwandten der Parteien, ihre Kinder und Abkömmlinge ausgenommen," (sie dürfen nur seufzen, sagte einer der Redner) „können nicht als Zeugen verworfen werden" u. s. w. — Ein Druck- oder ein Schreibfehler ist es unstreitig nur, wenn in dem Gesetzb. Nap. der H. H. Pfeiffer (einem Werke, welches besonders in Betracht der Zeit wo es schon erschien, den V. V. die größte Ehre macht) S. 115. Thl. I. „Mit Ausnahme der As- und Descendenten" — steht.

4) Etwas eidlich versichern heißt an vielen Orten so viel, als eine Lüge recht wahrscheinlich machen. Van Stöcken in seinem allzeit fertigen Juristen nennt den Eid herbam betonicam, und versichert, einem den Eid deferiren sey nichts anders, als seinem klagenden Clienten die Sache muthwillig verspielen, und die Formel sich mit einem Eide reinigen, heiße so viel als den Proceß gewinnen, denn zu einem Reinigungs-Eide gehöre weiter nichts als drei gesunde Finger und ein Mann ohne Gewissen. Jene hätten fast alle Menschen, und dieses die wenigsten. (Rabner.)

erlaubt, redet so allgemein, daß im ersten Augenblicke kaum ein Zweifel denklich scheint, weßwegen diese Frage nicht zu bejahen seyn sollte, auch finden sich keine Präjudicien französischer Gerichte, welche in Ehescheidungssachen die Eides-Delation ausschlössen, wohl aber hat es deutsche Rechtsgelehrte gegeben, die dafür hielten: „auch ein Eid, welcher darauf hinzielt, um die Ehe zu trennen, (der auch der richtigern Meinung nach, nach gemeinem Rechte zulässig sey) würde zulässig seyn, da im C. N. der Eid nicht sowohl als Beweismittel, sondern vielmehr als ein allgemeines, überall zu gebrauchendes Mittel die Wahrheit zu erforschen betrachtet würde, und deßhalb kein Unterschied gemacht sey.“ 5)

Demungeachtet ist die entgegengesetzte Meinung, welche die Eides-Delation im Ehescheidungs-Verfahren gänzlich ausschließt, gewiß die richtigere, und zwar aus folgenden Gründen.

Das Gesetz erlaubt nur dann die Ehescheidung wegen bestimmter Ursachen, wenn diese Ursachen bewiesen sind. Selbst Eingeständnisse, sonst der beste Beweis, sind nicht hinlänglich. Die Ursache dieser Gesetzgebung liegt darin, daß der Staat ein Interesse dabei hat, leichtsinnige und freiwillige Ehetrennungen zu ver-

---

5) Spangenbergs Commentar über den C. N. Thl. I. S. 288.

hindern. [6]) Der Beweis, welcher dem Kläger obliegt, wird daher nicht nur gegen den Beklagten, sondern auch gegen das öffentliche Ministerium geführt, welches gewissermaßen als Mitbeklagter (défendeur joint) auftritt. Die Parteien können also, da sie nicht allein domini litis sind, nicht solche Handlungen vornehmen, (in sofern ihnen das Gesetz nicht die besondere Erlaubniß ertheilte) [7]) wodurch der Proceß verloren

---

6) „La société gémit d'admettre le divorce lors-même qu'il est nécessaire: chaque pas dans l'instruction doit donc être . . . . , pour le juge un nouveau moyen de pénétrer les motifs secrets, les véritables motifs d'une demande de cette nature, de s'assurer du moins que ces motifs sont réels et légitimes. Toutes les dispositions du projet rélatives aux formes ont été rédigées en conséquence." Motifs, T. II. p. 334. Pandectes fr. T. IV. p. 53.

7) Wie z. B. in Hinsicht der Einlegung des Rechtsmittels der Appellation und Cassation. Doch können sie auch in dieser Hinsicht nicht ihrer Befugnisse entsagen. Eine Entsagung der Appellation oder Cassation im Ehescheidungs-Verfahren ist daher nichtig. Der Renunciant kann, ihrer ungeachtet, innerhalb der Frist das Rechtsmittel einlegen. Jurisprudence du C. N. T. VII. p. 468. T. X. p. 89. 94.

Erkenntniß des Cassations-Hofes zu Paris d. d. 17. August. 1807.

„Attendu, que lorsque le traité du 2. Prairial, an XII, a été souscrit, la demanderesse se trouvoit encore dans le delai d'appel . . . . . . . .

Que tout acquiescement suppose nécessairement une obligation contractée par celui qui acquiesce en faveur de la partie adverse, et par conséquent une convention;

gehen könnte. Eine Ablehnung oder Zurückschiebung des zugeschobenen Eides würde aber eine solche Handlung seyn. Das Gesetz will nicht, daß bloße Eingeständnisse [8]) etwas beweisen; was wäre aber der verweigerte Eid anders als ein Eingeständniß?

Diese Gründe sind so deutlich, schon durch die ersten Grundzüge der ganzen Lehre von der Ehescheidung, ausgedrückt, [9]) daß unstreitig sie es gewesen sind, welche verhindert haben, daß die aufgeworfene Frage, (so viel ich weiß) nie vor einem französischen Appellations-Hofe verhandelt, oder von einem französischen Rechtsgelehrten beantwortet ist. In ihrem Sinne ist das in der Anmerkung im Auszuge mitgetheilte Schreiben des Herrn Justizministers des Königreichs Westphalen

---

Qu'il est de principe de droit public, que les particuliers ne peuvent faire de conventions sur des questions d'état, telle que celles concernant le lien du mariage:

Qu'ainsi la cour d'appel de Besançon a violé ce principe, en admettant la fin de non recevoir dont il s'agit:

La cour casse . . ,

Die in diesem Erkenntnisse ausgedrückten Gründe können unstreitig sämmtlich bei der Beantwortung der gegenwärtigen Frage ebenfalls angewendet werden.

8) Jurisprudence du C. N. T. II. p. 10. Meine Formulare und Anmerk. zur Pr. Ord. Thl. I. S. 70. Pandectes franç. T. IV. p. 56.

9) Treilhard, exposé des motifs, T. II. p. 334. 335.

an das Districts-Tribunal zu Goslar, d. d. 13ten März 1810, 10) und das hier folgende Erkenntniß der ersten Section des hiesigen Appellations-Hofes in Sachen Oelze gegen Oelze, d. d. 20sten Februar 1811, abgefaßt.

## Urtheil.

Die erste Section des königlichen Appellations-Hofes:

In Erwägung, daß die allgemeine Vorschrift der Art. 1358 und 1360 des Code Napoléon, über die Zulässigkeit des Beweises durch Eideszuschiebung, nur solche Gegenstände voraussetzt, worüber die Parteien nach Willkühr disponiren können;

10) „Le Code Napoléon a établi les regles qui doivent scrupuleusement observées en matière de divorce. Une de ces règles préscrit la preuve testimoniale pour établir l'existence des faits allégués par le demandeur. Quand il ne résulte pas des enquêtes que les faits sur lesquels la demande en divorce est fondée sont avérés, le demandeur est renvoyé de sa demande. Ce n'est pas le cas d'admettre le défendeur à prêter le serment que le demandeur lui défère, parce qu'il n'a pu atteindre la preuve qu'il se proposait à faire. Dès que les faits ne sont pas prouvés par les moyens indiqués par la loi, le divorce ne peut plus avoir lieu. En fait de divorce il n'y a que la preuve testimoniale, ou des écrits, qui puissent établir la culpabilité du défendeur. La loi rend le divorce cher, a dit un de ses rapporteurs, et ce seroit l'obtenir à bon marché, si cela ne dépendait que d'un serment prête ou déféré." — (Und ich möchte gern hinzusetzen: ou refusé. Art. 1361. C. N.)

In Erwägung ferner, daß dahin die Trennung der ehelichen Verbindung keinesweges zu rechnen ist;

Daß, sowohl in dieser Rücksicht, als weil niemand gezwungen werden kann, seine eigne Schande einzugestehen, [11]) der Beweis des Ehebruchs durch Eides-Delation rechtlich nicht zu gestatten;

---

11) Es ist allerdings gegen die Gesetze der Natur, gegen welche die bürgerlichen Gesetze nie anstoßen dürfen, wenn ihnen nicht der Vorwurf der höchsten Ungerechtigkeit werden soll, jemanden zu zwingen, seine eigene, oder seiner nächsten Verwandten Schande einzugestehen. Es ist dieses eben so unnatürlich, als wenn das Gesetz verlangen wollte, daß jemand sein eigner oder seiner nächsten Verwandten Angeber werde. Mit Recht sagt daher Montesquieu, in seinem unsterblichen Werke: (L. XXVI. cap. 3 et 4.) „La loi de Henri II. qui condamne à mort une fille, donc l'enfant a péri en cas qu'elle n'aît point déclaré au magistrat sa grossesse, est contraire à la défense naturelle. Il suffisoit de l'obliger d'en instruire une de ses plus proches parentes, qui veillât à la conservation de l'enfant. Gondebaud, Roi de Bourgogne, vouloit, que si la femme ou le fils de celui qui avoit volé ne révélait pas le crime, ils fussent réduits en l'esclavage. Cette loi étoit contraire à la nature: une femme accusatrice de son mari! un fils accusateur de son père! Pour venger une action criminelle, on en ordonnoit une plus cruelle encore." Grundsätze, welche die Legislation aller civilisirten Völker geheiligt hat. — So sehr es aber gegen die Gesetze der Natur ist, zur eignen Anschuldigung einen Angeklagten zwingen zu wollen, eben so sehr zeigt es von gänzlichem Mangel an Kenntniß des menschlichen Gemüths, irgend einigen Werth auf den Eid eines Angeschuldigten setzen zu wollen. Wie wahr ist was Beccaria, jener unsterbliche Wohlthäter des Men-

In Erwägung endlich, daß das der Appellantinn zugestandene Armenrecht an sich nicht hindern mag, ihr den Ersatz der veranlaßten Proceßkosten aufzulegen, vielmehr, in sofern Appellantinn noch in der Folge zu bessern Vermögensumständen gelangen sollte, der Kostenersatz verlangt werden kann;

Erkennet damit für Recht:

daß sowohl in der Hauptsache, als der Ko=

---

schen=Geschlechts, sagt: „Una contradizione fralle leggi, e i sentimenti naturali all' uomo, nasce dai giuramenti, che si essigono dal reo, accioche sia un uomo veridico quando ha il massimo interesse di esser falso; quasi che l'uomo potesse giurar da dovero di contribuire alla propria distruzione, quasi che la religione non tacesse nella maggior parte degli uomini quando parla l'interesse . . . . E perche mettere l'uomo nella terribile contradizione, o di mancare a Dio, o di concorrere alla propria rovina? talchè la legge, che obbliga ad un tal giuramento, commanda o di esser cattivo Christiano, o martire." Dei Delitti e delle Pene, ed. VI. Harlem et Paris 1765. § 18. p. 85. seq. (Ein Widerspruch zwischen den Gesetzen und den natürlichen Empfindungen des Menschen entspringt aus den Eiden, die man von dem Angeschuldigten fordert, damit er dann zu einem wahrheitsagenden Menschen werde, wann er das größte Interesse hat ein Lügner zu seyn; als wenn der Mensch ernstlich schwören könne, zum eignen Untergange beizutragen, als wenn die Religion nicht bei dem größten Theile der Menschen schwiege, wenn der eigene Vortheil redet. — Und warum auch einen Menschen der schrecklichen Alternative aussetzen, entweder Gott beleidigen oder zum eignen Untergange beizutragen? Ein Gesetz, welches zu einem solchen Eide zwingt, gebiethet entweder ein schlechter Christ, oder ein Märterer zu werden.)

sten wegen, wohlgesprochen und übel anhero appellirt, der dem Appellaten zum Beweise des getriebenen Ehebruchs zugeschobene Eid als völlig unzulässig zu verwerfen, sonach aber das Erkenntniß des Magdeburgischen Districts-Tribunals vom 4ten Mai vorigen Jahrs, dessen Rechtmäßigkeit in Beziehung auf den daselbst versuchten Zeugenbeweis die Appellantinn selbst anerkennt, pure zu bestätigen, die Appellantinn auch die durch diese Instanz verursachte Kosten dem Appellaten zu erstatten verbunden sey.

Gegenwärtig: die H. H. Rumann, erster Präs., v. Schleppegrell, v. Pufendorf, Dr. Böhmer, v. Ompteda, v. Hinüber, v. d. Bussche, Appel. Richter. — Concl. H. Dr. Hagemann, Proc.-gén.

## IX.

## Ehescheidung. — Zulassungs-Erkenntniß. — Fins de non recevoir.

---

Verlangt der 246ste Art. des Code Napoléon, daß im Ehescheidungs-Verfahren aus bestimmten Ursachen, stets, ehe in der Hauptsache erkannt wird, ein Zulassungs-Erkenntniß abgegeben werde, selbst dann, wenn keine zerstörliche Einreden (fins de non recevoir) vorgebracht wurden?

Ist das Zulassungs-Erkenntniß der Appellation unterworfen?

Welches sind die zerstörlichen Einreden (fins de non recevoir) worüber in dem Zulassungs-Erkenntnisse erkannt wird?

---

Der 246ste Art. des Code Napoléon verordnet bei dem Ehescheidungs-Verfahren wegen bestimmter Ursachen vor dem Tribunale der ersten Instanz:

„An dem bestimmten Tage, und zu der festgesetzten Stunde, wird, auf den Vortrag des dazu bestellten Richters, und nach vorhergängiger Anhörung des königlichen Procurators, zuerst aber die gegen die Zulässigkeit der Klage (fins de non recevoir)

etwa vorgebrachten Einreden entschieden. Werden diese gegründet gefunden, so wird die Klage auf Ehescheidung verworfen; im entgegengesetzten Falle, oder wenn keine solche Einreden vorgebracht wurden, wird die Ehescheidungsklage zugelassen."

und der 247ste Art. setzt hinzu:

„Sofort nach Annahme der Ehescheidungsklage erkennt das Gericht, auf den Vortrag des dazu bestellten Richters, und nach vorhergängiger Anhörung des königlichen Procurators, in der Hauptsache. Hält es dieselbe zum endlichen Spruch reif, so entscheidet es über die Klage; im entgegengesetzten Falle läßt es den Kläger zum Beweise der von ihm angeführten erheblichen Thatsachen, und den Beklagten zum Gegenbeweise zu."

So bestimmt nun auch in diesen beiden Artikeln die Vorschrift ausgedrückt ist, daß zuvörderst, ehe in der Hauptsache erkannt wird, durch einen Vorbescheid, über die fins de non recevoir zu erkennen sey, selbst auch alsdann, wenn sie nicht vorhanden, oder nicht einmahl vorgebracht sind; 1) so wird doch kei-

---

1) Urtheil des französischen Cassations-Gerichts d. d. 18ten Frimaire XIV.

„La cour, contre l'avis de M. Jourde S. P. G. Après



Bayerische Staatsbibliothek München

nesweges diese bestimmte Vorschrift bis jetzt **überall** genau beobachtet. 2) Und doch ist sie dergestalt nothwendig, daß ohne das vorgeschriebene, gänzlich von dem übrigen Verfahren abgesonderte Admissions-Erkenntniß, gegen welches auch besonders appellirt werden kann, 3) das ganze folgende

---

un long délibéré en la chambre du conseil, multis contradicentibus.

Vu les articles 246. 247 du Code civil;

Attendu 1. qu'aux termes des dits articles la demande en divorce formée par la demanderesse contre le défendeur son mari, devoit d'abord être admise par un premier jugement, bien qu'il n'eut pas été proposé de fin de non recevoir contre cette demande par celui-ci, sauf à statuer ensuite sur le mérite de cette demande, par une second jugement;

Attendu 2. qu'en confirmant purement et simplement le jugement de Ire. inst., qui avoit prononcé sur le tout par un seul et même jugement, la cour d'appel de Paris a formellement contrevenue aux deux articles cités qui exigeoient deux jugemens distincts et séparés."

Casse etc.

2) Auch die Verfasser der Pandectes franç. hegen die falsche Meinung: „au reste nous ne verrions aucun inconvenient, à ce que les dispositions de cet article et du précédent, fussent exécutées par un seul jugement etc." — Diese irrige Theorie ist sehr, selbst in Frankreich, verbreitet gewesen, wo sie jedoch durch das Cassations-Gericht unterdrückt ist. In Westphalen ist sie noch, wie ich aus Erfahrung weiß, sehr im Gange.

Richtig ist die Theorie dargestellt in **Dabelow's** Commentar über den C. N. 1 Thl. S. 219. 220.

3) Urtheil des Cassations-Gerichts zu Paris vom 30. Juli 1806. Merlin, répertoire. Tom. III. p. 788.

Verfahren **nichtig** ist. [4]) Jedoch ist es keinesweges nöthig, ja nicht einmahl erlaubt, daß das zweite Erkenntniß an einem andern Tage, als das erste, gegeben werde; vielmehr sind beide in einer Audienz zu ertheilen, [5]) ohne daß dadurch die den Parteien gegen das Admissions-Erkenntniß zustehende Appellations-Befugniß im geringsten beschränkt würde. [6]) Es ist nicht einmahl nothwen-

4) Jouanneau et Solon, discussions du C. N. dans le conseil d'état (II. ed. Paris 1808. III. Vol. 4.) T. III. p. 34. Jurisprudence du C. N. T. VI. p. 273. Merlin, répertoire T. III. p. 785. **Spangenberg**'s Commentar ad art. 247. Ein Erkenntniß in Ehescheidungssachen, worin die vorgeschriebene Form genau beobachtet ist, findet man in **meinen** Formularen zur Proceß-Ord. 2te Aufl. 1 Thl. S. 68. f.

5) Erkenntniß vom 18ten Nivose des Appellations-Hofes zu **Riom**. Jurispr. d. C. N. T. I. S. 250.

6) Erkenntniß des Appellations-Hofes zu Bordeaux d. d. 27. Messidor XIII.

„Considérant que la nullité que l'appellant reproche au jugement dont est appel n'est fondée sur aucun texte de la loi, que rien n'a du empêcher le tribunal de Ire inst. de prononcer sur le fond de la contestation le jour même, où il a statué sur les fins de non recevoir et exceptions péremtoires, et qu'en agissant ainsi, il n'a porté aucune atteinte à la faculté que la loi réservoit à Royer, d'appeller du jugement qui a méprisé ses fins de non recevoir; etc."

Das Appellat. Gericht zu **Riom** hielt es sogar (wie ich glaube, mit Recht) für **eine Pflicht** des Tribunals, beide Erkenntnisse in derselben Sitzung abzugeben, und hielt den **unterliegenden** Theil für befugt, gegen das Admissions-Erkenntniß **selbst dann** zu appelliren, wenn er sich auf die

dig, daß sich das Tribunal, um über die Existenz oder Nicht-Existenz der fins de non recevoir zu berathschlagen, in das Deliberations-Zimmer begebe: sind entweder dergleichen Einreden gar nicht angeführt, oder sind die angeführten so offenbar unerheblich, daß die Mitglieder des Tribunals sofort sich hierüber vereinigen, so kann der Präsident auch sogleich den Vorbescheid, wodurch die Klage zugelassen wird, aussprechen. Erst nachdem dieses geschehen, setzt der beauftragte Richter, welcher vorher lediglich darüber referirte, ob fins de non recevoir vorhanden seyen, oder nicht, seinen Vortrag in der Hauptsache fort, das ministère public wird nun zum zweitenmahl gehört, und es erfolgt das zweite Erkenntniß, welches entweder definitiv oder interlocutorisch seyn kann. In der Regel wird jedoch

---

Sache selbst, behuf des zweiten Erkenntnisses, eingelassen hatte.

„Attendu que Chapelle n'a défendu au fond que parce qu'il ne pouvoit s'y refuser, d'après la loi, qui ordonne de statuer sur la question du fond immédiatement après le jugement d'admission, et par conséquent à la même audience.“ Jurisprudence du C. N. T. I. p. 350.

Der Appellations-Hof würde eine Nichtigkeit begehen, wenn er, in dem Falle, da nur gegen das Admissions-Erkenntniß appellirt wäre, in der Hauptsache zugleich ein Erkenntniß abgeben wollte. Merlin, répertoire T. III. S. 788. Erkenntniß des Cassations-Hofs zu Paris d. d. 30. Jul. 1806. (unten mitgetheilt.)

das letztere (da die Eingeständnisse der Parteien, obgleich, in Verbindung mit andern dargethanen Umständen, stets von bedeutender Kraft, isolirt hier wenig bewirken können;) der Fall seyn müssen.

Nirgend ist vorgeschrieben, daß, wenn eine der Parteien erklären sollte, gegen den Vorbescheid appelliren zu wollen, das Verfahren dadurch aufgehalten werden könne; vielmehr ist anzunehmen, daß dem Tribunale ein solcher Aufschub nicht gestattet sey, da das Gesetz ausdrücklich verlangt, daß das Erkenntniß in der Hauptsache unmittelbar (d. i. an demselben Tage) abgegeben werde. [7])

---

7) Der Art. 247 C. N. sagt mit der größten Deutlichkeit: „Sofort nach Annahme der Ehescheidungsklage (immédiatement après etc.) erkennt das Gericht in der Hauptsache." Wie war es möglich, daß, bei dem klaren Inhalt dieser Vorschrift, H. Dabelow, im Commentar über den C. N. 1 Thl. S. 221. § 183, sagen konnte:

„Wird die Ehescheidung pour excès, sévices ou injures „graves nachgesucht, so können die Richter, wenn auch diese „Scheidungsursachen noch so bündig erwiesen sind, doch nicht „unmittelbar die Scheidung zulassen. Sie müssen vielmehr, „ehe sie entscheiden, die Frau autorisiren, sich von der Ge„sellschaft des Mannes zu trennen ..... Erst nach Ablauf „eines Probejahres, wenn keine Aussöhnung erfolgt ist, „wird alsdann das Erkenntniß auf Ehescheidung gefällt?" —

Wo steht denn diese Vorschrift? — Doch nicht in den von dem Hr. D. allegirten Art. 259 u. 260 C. N.? — Der erste schreibt vor: „Lorsque la demande en divorce aura été formée pour cause d'excès, de sévices ou injures graves, encore qu'elle soit bien établie, les juges *pourront* ne pas

Einer solchen Appellations-Einlegung würde man zwar den Mangel der Förmlichkeit nicht vorwerfen können, da die Vorschriften der Proceß-

---

admettre immédiatement le divorce.“ („Les juges pourront“ ist sehr richtig in der westph. officiellen Uebersetzung durch „es bleibt dem Richter unbenommen“ auch ganz auf gleiche Art von Hr. Erhard wiedergegeben, und konnte, ohne daß ein Fehler begangen wäre, nicht anders übersetzt werden.) Woher denn nun die ganz einzige, dem Gesetze gänzlich widersprechende Behauptung des Hr. Dabelow? — Jedes in der Jurisprudence du C. N. abgedruckte Erkenntniß in Ehescheidungssachen wegen grausamer Beleidigungen, jede öffentliche Audienz in einer solchen Sache vor einem französischen oder westph. Gerichte, mußte jenen Gelehrten des Gegentheils belehren. Gern will ich mit Hr. D. (in dessen Vorrede zum Commentar) zugeben, daß die meisten deutschen Juristen noch weit von einer pragmatischen Bearbeitung des französischen Rechts entfernt seyen; aber lassen sich solche grobe Fehler, die unberathene Geschäftsmänner in bedeutende Irrthümer stürzen können, entschuldigen? — Ich glaube: nein. Sah denn Hr. D. nicht wenigstens, bei der Abfassung seines Commentars, das allgemein bekannte Werk Locré's nach? Dies war doch das Allerwenigste, was auch die nachsichtigste Critik verlangen konnte. Dort würde der Hr. Vfr. gefunden haben:

„La nécessité absolue de l'épreuve préscrite par le projet, pouvoit se concilier avec la restriction des causes entendues dans son sens, sous les expressions des sévices ou injures graves: mais elle présentoit trop d'inconvéniens, ces causes se rapportant, dans le sens du tribunat, à un plus grand nombre de cas, dont quelques-uns sont portés au dernier degré de gravité. Il devenoit donc indispensable de convertir la nécessité, voulue par le projet, en une simple faculté. D'ailleurs il n'y avoit aucun inconvénient à laisser cette faculté aux tribunaux. Ils péseront les circonstances que la loi peut

Ordnung in Ehescheidungssachen, wenn das Gesetz es nicht ausdrücklich bemerkte, keine verbindliche Norm abgeben: doch ist es dem Richter gewiß erlaubt, in dem gegenwärtigen Falle, wo keine andere Appellations-Form vorgeschrieben ist, die Proceß-Ordnung als geschriebene Vernunft zu benutzen, und eine in der Gerichtssitzung selbst gegen das Zulassungs-Erkenntniß eingelegte Berufung um so mehr als nicht geschehen zu betrachten, da sie, in Hinsicht des Fortgangs des Verfahrens, keine aufschiebende Kraft äußert, und daher füglich, um in der gewöhnlichen Form eingelegt zu werden, aufgeschoben werden konnte. [8])

---

difficilement saisir: pour être impérative, elle commenderoit quelque fois des injustices.

Ces observations ont été adoptées."

Die dem Richter ertheilte Erlaubniß (faculté sagt Maleville) des Aufschubs, ist also nichts als eine Ausnahme von der im 247 Art. enthaltenen Regel, und nicht, wie es Hr. D. darstellt, die Regel „über welche sich die Gerichte nur aus sehr wichtigen Ursachen hinweg setzen können." (Dabelow's Com. l. c. S. 222.) Vergl. Maleville ad art. 259. C. N. Spangenberg ad h. art.

8) Auch die französische Jurisprudenz läßt eine solche Appellation ins Gesicht des Richters gegen das Zulassungs-Urtheil nicht zu. Das Appellations-Gericht zu Riom entschuldigte daher den Appellanten, der sich in der Hauptsache eingelassen hatte, und dem man hieraus eine fin de non recevoir der Appellation gegen das Vor-Erkenntniß machen wollte, damit:

„Attendu qu'il ne lui étoit pas permis d'interjeter appel à la face du juge, et qu'il avoit fait tout ce qu'il

So wenig Zweifel nun der Wille des Gesetzes, daß stets zuvörderst in einem besondern Urtheile [9]) über die fins de non recevoir entschieden

pouvoit et devoit faire, en protestant contre le jugement d'admission, sans qu'on peut dire qu'il auroit préjudicié à ses droits, quand même il n'auroit pas fait cette protestation, puisque la loi lui donnoit un delai de trois mois pour appeller, tant du jugement d'admission, que du jugement définitif."

9) Irrig nehmen die Verfasser der Pandectes françaises T. IV. S. 50. ad art. 240 an: „Point de doute, que le tribunal ne puisse refuser définitivement la permission de citer, si les motifs du demandeur en divorce lui paroissent incapables de l'opérer etc." Dieser große Irrthum kann nur einigermaßen dadurch entschuldigt werden, daß der gedachte 4te Theil der Pandectes franç. bereits im Jahre 1804 erschienen ist, wo sich noch gar keine Jurisprudenz des C. N. gebildet hatte, und manche jetzt vorhandene Erklärungs-Hülfsmittel fehlten. — Uebrigens sagt auch der Art. 240 deutlich: „le tribunal accordera ou suspendera la permission de citer." Hier unter hat das Tribunal zu wählen. Die Beurtheilung der Sache selbst gehört in die Haupt-Procedur. — Die Commission, welche das Gesetzbuch entwarf, wollte dem Richter jene Gewalt einräumen (Projet du Code civ. L. I. t. 6. art. 10. p. 44.), doch diese Proposition wurde verworfen: „C'eût été rendre le juge plus fort que la loi: il eût pu écarter la demande en divorce, alors même que la loi l'admettoit." Locré, esprit, T. III. p. 202. (ed. in 4to.) Lassaulx's Annalen 1807. S. 206. Spangenberg's Commentar, T. I. S. 285. — Ich bemerke bei dieser Gelegenheit, daß die Pandectes françaises, ou recueil complet de toutes les loix en vigeur etc. avec des observations, formant un traité substanciel et succint de chaque matière, par J. B. Delaporte et P. N. Riffé-Caubray (jetzt schon 24 Bände), der darin enthaltenen vielen falschen Explicationen wegen, mit großer Vorsicht zu

werden soll, unterworfen ist, um so viel schwieriger ist die Beantwortung der Frage:

Worin bestehen die fins de non recevoir, über deren Daseyn das Tribunal in dem Admissions-Erkenntnisse zu urtheilen verpflichtet ist?

Die ersten französischen Rechtsgelehrten sind hierüber uneinig und, so viel mir bekannt ist, hat der Cassations-Hof die Jurisprudenz über diesen wichtigen Punct noch nicht völlig fixirt. 10) Die H. H. Bavoux und Loiseau beantworten die aufgestellte Frage dahin: 11)

„Es scheint uns, daß die fins de non recevoir, welche vor der Annahme der Klage vorgebracht werden müssen, lediglich Bezug auf den Proceß haben, und daß das erste Erkenntniß nichts als eine Erklärung enthält, daß die von dem Gesetze vorgeschriebenen Formen gehörig befolgt seyen. Erst nachdem diese Declaration geschehen ist, wird es erlaubt, die Klage selbst, und die Einreden, welche ihr der Beklagte entgegensetzt, zu untersuchen."

---

gebrauchen sind. Doch sind sie das Evangelium mehrerer Schriftsteller.

10) Ich sage nicht völlig, denn das Erkenntniß des Cassations-Hofes d. d. 30. Jul. 1806 (S. weiter unten) enthält über diese Materie einige Andeutungen, welche jedoch die Streitfrage nicht vollständig und direct entscheiden. Merlin, répertoire T. III. S. 783. Locré giebt keine Aufschlüsse.

11) Jurisprudence du C. N. T. VI. p. 277.

Maleville[12]) hingegen, (dessen Erklärungen, da er einer der Redactoren des Code Napoléon war, von besonderm Gewichte sind) drückt sich über die fins de non recevoir, über welche bereits im ersten Erkenntnisse geurtheilt werden soll, dahin aus:

„Diese Einreden können entweder daher genommen werden, daß die Ursache, aus welcher die Ehescheidung gefordert wird, nicht unter die Zahl derjenigen gehört, welche von dem Gesetze für zulässig erklärt wurden, daß sie nichts beweisen, oder, daß nach solchen Thatsachen eine Versöhnung statt gehabt hat, u. s. w."

Aus dem letzten „u. s. w." sieht man nun, daß Maleville keinesweges der Meinung ist, die von ihm aufgezählten Einreden für die einzigen auszugeben, die bei dem ersten Erkenntnisse in Betracht zu ziehen sind; unstreitig wird er denen, welche aus einer mangelhaften Procedur hergenommen sind, oder welche gar den status der Personen betreffen, indem z. B. der beklagte Theil leugnete, je durch eine förmliche Heirath mit dem Kläger verbunden gewesen zu seyn, den ersten Rang einräumen; aber wie sehr ist dennoch seine Meinung von der zuerst angeführten Ansicht verschieden! [13]) —

12) Maleville, analyse raisonnée, ad art. 246.

13) Merlin erklärt das Gesetz eben so als Maleville, obgleich der Cassations-Hof seiner Meinung nicht beizutreten scheint.

Die Protocolle des Staatsraths über die Verhandlungen bei der Entwerfung des Code Nap. geben uns folgende Aufschlüsse. [14])

„Die erste Redaction des Art. 246 lautete:“

„ „Au jour indiqué par l'ordonnance ci-dessus, sur le rapport fait par le juge commis, et après avoir oui le Commissaire du Gouvernement, le tribunal rejettera la demande, si elle lui paroit non recevable; et dans le cas ou elle lui paraîtra recevable, il y fera

---

Urtheil des Cassations-Gerichts d. d. 30. Jul. 1806.

„Attendu que si, aux termes de l'art. 262 du Code civil, la faculté d'appeller du jugement d'admission de la demande en divorce est ouverte, dans le cas ou elle a été exercée avant le jugement du fond de la demande, les juges saisis de cet appel doivent se borner à statuer sur la régularité ou irrégularité du jugement d'admission de la demande;

Attendu que la cour d'appel de Riom saisi de l'appel interjetté par Ch. . . . du jugement qui avoit admis la demande en divorce, s'est permis à statuer sur la pertinence des faits allégués, ce qui constituoit le fond dont la cour d'appel n'étoit pas saisie; qu'ainsi les juges d'appel ont excédés leur pouvoir, et usurpé celui que l'art. 247 C. N. attribue au tribunal de Ire. inst.;

La cour casse et annulle etc.“

Man sieht, daß die Frage in diesem Erkenntnisse weder direct noch vollständig entschieden ist.

14) Procès-verbaux du conseil d'état, contenant la discussion du Code Nap. T. I. p. 371. (II ed. Paris 1808. 5 Tms. 4.) Conférence du Code civil avec la discussion particulière du conseil d'état et du tribunat. T. II. p. 208.

droit, s'il la trouve suffisamment justifiée, ou il admettera le demandeur à faire preuve des faits par lui allégués et le défendeur, à la preuve contraire.“ “

Der Consul Cambacérés sagte, es schiene ihm dieser Artikel die Idee darzubiethen, als sey es die Absicht, daß das Tribunal zweimahl über denselben Gegenstand berathschlagen und erkennen solle.

Der B. Portalis erwiederte darauf, daß das Tribunal allerdings verpflichtet sey, zuvörderst über die fins de non recevoir, welche entgegengesetzt seyn könnten, zu berathschlagen, daß diese Berathschlagung aber gar keinen Bezug auf den Klaggrund selbst (fond de la contestation) hätte. Die fins de non recevoir, wovon hier die Rede sey, wären diejenigen, welche die Klage dergestalt beseitigten, daß auch nicht einmahl die Untersuchung derselben erlaubt sey. (Ces fins de non recevoir sont celles qui écartent la demande, sans en permettre même l'examen.) Nach dem Urtheile über die fins de non recevoir komme die Untersuchung der Frage, ob die Klage nicht gehörig begründet sey.

Der Consul Cambacérés sagte, daß die Abfassung des Artikels wenigstens nicht bestimmt sey, weil sie zu der Meinung führen könne, daß das Tribunal über den Klaggrund selbst zu urtheilen habe.

Der B. Tronchet schlug vor, um das Gesetz deutlicher zu machen, zu dem Artikel hinzu zu setzen: que le défendeur qui comparait proposera ses exceptions en même tems que ses observations.

Der Artikel wurde angenommen, mit Vorbehalt einer bessern Redaction."

Ohne daß besondere Aufzählungen der in Frage seyenden Einreden hier statt gehabt hätten, ersieht man doch deutlich aus dieser Discussion, daß es die Meinung des Gesetzgebers war, daß, vor dem Admissions-Erkenntnisse, alle diejenigen Einreden erwogen werden sollen, welche die Klage dergestalt beseitigen, daß nicht einmahl die Untersuchung derselben erlaubt ist. Es giebt aber ganz unstreitig mehrere Umstände, welche diesen Effect haben, als solche, die lediglich aus einer mangelhaften Procedur hergenommen sind. Wenn der Art. 272. bestimmt sagt: die Klage auf Ehescheidung soll durch die Wiederaussöhnung der Ehegatten erloschen seyn (sera éteinte); wenn der Art. 273. vorschreibt, daß in diesem Fall der Kläger mit seiner Klage nicht weiter gehört werden soll (sera déclaré non recevable); wenn selbst die ganze Fassung der von dem Staatsrathe Treilhard auseinander gesetzten Beweggründe des Gesetzes dieser Erklärung das Wort redet; [15]) so gestehe ich,

15) „En vous exposant la marche de la procédure, je n'ai

daß ich nicht einsehe, (und wenn auch der französische Cassations-Hof bestimmter, als in der That geschehen ist, die entgegengesetzte Meinung ausgedrückt hätte, welche nicht einmahl das Gericht dem die cassirte Sache zugesendet wird, noch weniger uns, bindet) was uns abhalten könnte, mit Merlin und Maleville [16]) zu behaupten, daß es die Meinung des Gesetzgebers gewesen sey, zu verlangen, daß das Tribunal vorzüglich über die in den Art. 272. 273. C. N. angeführten fins de non recevoir vor dem ersten Bescheide deliberiren solle. Eine gleiche Bewandniß hat es mit der Untersuchung über die Natur des facti, welches zur Ehescheidung Veranlassung geben soll. Wie kann ein Erkenntniß in der Hauptsache statt finden, wenn kein Grund vorhanden ist, eine Hauptsache zuzulassen? [17]) Ich trete also ganz der

---

pas dit qu'au jour indiqué pour l'audience publique le tribunal devoit, avant de s'occuper du fond, statuer sur les fins de non recevoir, qu'auroit proposés l'époux défendeur. La justice dans tout le tems, accueillit avec faveur cette espèce d'exception contre les demandes qu'elle ne peut entendre qu'à regret. — La réconciliation de deux époux est toujours si désirable! C'est, sans contredit, le premier voeu de la société. Par la réconciliation toute action, pour le passé, doit être éteinte." : Exposé des motifs T. II. p. 335.

16) Diese Theorie wird auch in den Pandectes franç. angenommen. T. IV. p. 54, 58, 59.

17) Erkenntniß des Appellations-Hofes zu Riom d. d. 18. Nivose XII.

Meinung Merlin's und Maleville's bei, und halte dafür, daß nicht nur über die aus einem mangelhaften Processe, den status der streitenden Theile, sondern auch über die, aus einer behaupteten Versöhnung oder der Unzulässigkeit der Thathandlungen hergenommenen Einreden durch das Admissions-Erkenntniß statuirt werden müsse. 18) Sonach wären die zu berücksichtigenden Einreden folgende: 19)

---

„Attendu qu'il ne peut avoir de demande en divorce, pour cause déterminée sans un fondement, et que ce fondement ne peut être que des faits précis et capables d'autoriser cette action; . . . . . . . . et par conséquent qu'on doit juger, avant tout, si ces faits sont de la nature qu'elle requièrt pour cette autorisation;

Qu'il est impossible en effet que la loi, qui veut que des faits capables d'autoriser une demande en divorce soient effacés par la réconciliation survenue, depuis ne veuille pas, à plus forte raison, que ces faits existent réellement, et soient jugés d'abord tels.“

Merlin, répert. T. III. S. 787.

18) Auch Pigeau ist dieser Meinung. S. dessen Notions élémentaires du nouveau droit civil, (Paris 1803. 4 Vol. 8.) T.I. S. 70.

19) Jurisprudence du C. N. T. VI. p. 275.

Unrecht hat daher Merlin, wenn er T. III. S. 789. répert. sagt, indem er seine von dem Cassations-Hofe abweichende Meinung äußert:

„Je me permettrai une question: Si la réconciliation n'est pas une fin de non recevoir préalable, quelles sont dont les fins de non recevoir que l'on pourra considérer comme telles? Et si l'on ne peut en d'indiquer d'autres, quel sens donnera-t-on à l'art. 246. du C. N.? —

1. Die Einrede der Incompetenz des Tribunals. Es muß die Ehescheidungsklage bei dem Tribunale erster Instanz des Wohnsitzes der Eheleute angebracht seyn;

2. Die aus dem Art. 235. C. N. entstehende Einrede der vorläufigen Nothwendigkeit eines peinlichen Verfahrens;

3. Die Einrede der Ermangelung einer umständlichen Entwickelung der Thatsachen im Klaglibelle (Art. 236. C. N.);

4. Der Ermangelung eigenhändiger Ueberreichung der Klage, mit den Beweisstücken, an den Präsidenten, und der Hinbegebung zu demselben, wenn nicht der gesetzliche Entschuldigungs-Grund eintritt (C. N. Art. 236.);

5. Die Einrede der Ermangelung der Mittheilung der Klage und der Beweisstücke (Art. 241. C. N.);

6. Der ermangelnden Residenz in dem während des Processes von dem Richter angewiesenen Hause (Art. 269. C. N.);

7. Die Einrede der Versöhnung; [20])

---

20) Ob, den Umständen nach, eine Versöhnung vorhanden sey, bleibt in eben der Maße der Prüfung des Richters überlassen, als die Frage, ob eine Beleidigung den Character der Grausamkeit habe. Unstreitig ist der Beischlaf, von Seiten des Mannes, stets ein sicherer Beweis der Versöhnung. (Merlin, répert. T. I. p. 126.) So muß man urtheilen, wenn jene Handlung nicht auf das tiefste herab-

8. Der Unerheblichkeit der Thatsachen, worauf die Klage begründet werden soll; vor allen andern aber

---

gewürdigt werden soll. Die Duldung des Beischlafs, von Seiten der Frau, kann, unter Umständen, nicht ein Zeichen der Versöhnung seyn. Andere Grundsätze stellt Dabelow im Comment. Thl. I. S. 232. auf. — Irrig ist es aber unstreitig, wenn dieser Schriftsteller daselbst sagt: „Nicht sowohl wegen der durch den Ehebruch (als einem solchen) dem andern Ehegatten zugefügten Beleidigung, als vielmehr wegen der Stöhrung der (des) ordre public, die dadurch . . . . . geschieht, wird die Ehe getrennt." Grade das Gegentheil: sonst müßte man annehmen, daß das öffentliche Ministerium den Ehebruch ex officio verfolgen könne, welches so wenig der Fall ist, daß vielmehr mit der Verzeihung von Seiten des Mannes, auch alle Strafe der Frau wegfällt. Art. 309. C. N. — Code pénal franç. Art. 336. „L'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari . . . . . 337. La femme convaincue d'adultère subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins, et deux ans au plus. Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condemnation, en consentant à reprendre sa femme." — Eben so wenig wird ein Ehemann, welcher eine Concubine im Hause unterhält, ex officio verfolgt: Art. 339. „Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, sera puni d'une amende de cent francs à deux mille francs." Eine ähnliche Gesetzgebung befand sich schon in dem Code pénal vom 25. Sept. 1791. Merlin, répert. T. I. p. 227. Selbst nach dem ältesten französischen Rechte hatte schon eine Jurisprudenz statt, wodurch dasselbe angenommen wurde. Merlin, l. c. „Quoique la vengeance de tous les crimes appartienne aux gens du roi, ils ne sont néanmoins reçus à intenter l'accusation d'adultère contre une femme, lorsque le mari ne s'en

9. Die Einrede des mangelnden Standes eines Ehegatten.

Die hier entwickelte Theorie nahm das k. Tribunal zu Einbeck, unter meinem Präsidium, in der Sache Reichhard gegen Reichhard, am 1sten März 1809, an, und wies durch das erste Admissions-Erkenntniß die Klägerinn mit ihrer Klage ab, weil sie nicht leugnen konnte, ihrem Ehemann freiwillig, 21) nach den statt ge-

---

plaint pas. Divers arrêts des années 1558. 1575. etc. l'ont ainsi jugé.“ Nie wurde also in Frankreich der Ehebruch der Frau, (wenn sich der Mann dadurch nicht beleidigt fand) von dem öffentlichen Ministerium verfolgt. Es konnte daher derselbe auch sowohl ausdrücklich als stillschweigend verziehen werden, wodurch dann eine Versöhnung bewirkt wurde. Unter die Zeichen der stillschweigenden Verzeihung gehörte auch, von Seiten des Mannes, der Beischlaf, ja sogar der fortdauernde friedliche Aufenthalt desselben mit der Frau in einem Hause. „Lorsque le mari a continué d'habiter avec sa femme, après l'avoir surprise en adultère, il ne peut plus accuser, parce qu'il est censé avoir pardonné l'injure.“ Merlin, l. c.

Ob der Ehebruch in Westphalen, so lange noch kein allgemeines Strafgesetzbuch publicirt ist, ex officio verfolgt werden könne? — ist eine andere Frage. Sie wurde, schon aus allgemeinen, ältern Grundsätzen, von dem Tribunale zu Einbeck und dem dortigen Hrn. Procureur des Königs verneint, als eine Frau, deren Mann in England sich aufhielt, in dessen Abwesenheit, seine Familie mit neuen Sprößlingen vermehrte.

21) Ob die erduldete eheliche Beiwohnung noch jetzt stets als Zeichen der Versöhnung anzusehen sey, da sie von Seiten des Mannes gefordert werden kann, ist bestritten. Im Allgemeinen ist diese Frage gewiß zu verneinen. Eine

habten Beleidigungen, die letzte Gunst erlaubt zu haben.

Bei dem hiesigen Appellations-Hofe ist obige Materie noch nicht vorgekommen, doch kann ich kaum daran zweifeln, daß derselbe den Gründen Merlin's und Maleville's, die durch die angeführten Discussionen im Staatsrathe so sehr unterstützt werden, nicht vor der Theorie der sonst schätzbaren Rechtsgelehrten Bavoux und Loiseau, und selbst vor der des Cassations-Hofes zu Paris, den Vorzug geben sollte.

---

Sammlung von Entscheidungen französischer Gerichtshöfe, als Beiträge zur Beantwortung der Frage: Welches sind die Thatsachen, aus welchen ein auf Ehescheidung beklagter Ehegatte einen Beweis der Unzulässigkeit dieser Klage, wegen einer eingetretenen Versöhnung, ableiten kann? — findet man in Lassaulx's Annalen der Gesetzgebung Nap. B. III. S. 65.

# X.

## Ehescheidung. — Bösliche Verlassung.

**Kann die bösliche Verlassung nach dem Gesetzbuche Napoleons zur Ehescheidungs-Ursache werden? [1])**

Die biblischen Bücher des alten und neuen Testaments, das römische, das canonische Recht und die Praxis der Protestanten enthielten, in Betreff der Ehescheidungs-Ursachen, sehr verschiedene Grundsätze. [2]) Sie hier aufzustellen würde überflüssig

---

1) Et si nihil facile mutandum est ex solennibus: tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est. L. 183. D. de divers. regul. jur.

2) Genes. C. 2. V. 24. — Matth. C. 5. V. 32. u. C. 19. V. 3—9. — Marc. C. 10. V. 2—12. — Luc. C. 16. V. 18. — 1. Cor. C. 7. V. 10. f.
Tit. D. de divort. et rep. — Nov. 22. 15. Nov. 117. c. 8—14. — Decret Greg. Tit. XIX. de divort. — Concil. Trident. sess. 24. de reform. matr. c. 7. — I. H. Bœhmeri jus eccl. pr. l. 4. Tit. 19. § 2. f. f. — Schnaubert's Grundsätze des Kirchenr. der Prot. in Deutschl. S. 290. — Pfeiffer, Nap. Gesetzb. B. I. S. 110. — Jurisprudence du Code civ. T. I. S. 33. enth. Geschichte der ältern und neuern französ. Legislation von der Ehescheidung. — Procès-verbaux du conseil d'état de la discussion du Code civ. T. I. p. 297. — wo Portalis eine Skizze der Geschichte der Ehescheidung vorträgt. —

seyn. Unter diesen Ehescheidungs-Ursachen ist, bey den Protestanten, die bösliche Verlassung eine der gewöhnlichsten, und gewiß, wenn man auf den Zweck des Ehe-Contracts, und die aus demselben für beide Theile entstehenden Berechtigungen und Pflichten sieht, eine der natürlichsten. [3]) — Ist die bösliche Verlassung auch nach dem Gesetzbuche Napoleons eine Ehescheidungs-Ursache? — Diese Frage ist schon öfter, sowohl vor französischen, als westphälischen Gerichten, erörtert, und auf verschiedene Art beantwortet worden. Es wird daher nicht überflüssig seyn, zu versuchen, in dieser wichtigen Sache gänzlich auf das Reine zu kommen.

Das erste Capitel des Titels von der Ehescheidung im Gesetzbuche Napoleons enthält die Ursachen, welche sie veranlassen können. Unter diesen befindet sich weder die Abwesenheit, noch die bösliche Verlassung; jede Erörterung, ob diese beiden Umstände schon an sich allein Ursachen der Ehescheidung werden können, wird daher überflüssig. Sie sind es nicht, aus dem einfachen Grunde, weil sie das Gesetz nicht unter die

---

Les Pandectes françaises par Delaporte et Riffé-Caubray. T. IV. p. 1—30.

3) Esprit des loix. L. XXVI. c. 9. Die Gründe welche hier der unsterbliche Montesquieu anführt, scheinen sehr wenig bei der Berathschlagung über die gegenwärtige Materie berücksichtigt zu seyn.

Ursachen aufgezählt hat, und weil diese Ursachen nicht mit andern willkührlich vom Richter zu vermehren sind.

Aber der Art. 231. enthält die Vorschrift: „Wechselseitig können die Ehegatten um Ehescheidung wegen harter und grausamer Mißhandlungen oder grober Beleidigungen (excès, sévices ou injures graves) des einen von ihnen gegen den andern nachsuchen;" [4])

---

4) In Dabelow's Archiv des C. N. St. V. S. 519. ist irrig angeführt: „Hier fehlt in der Westphälischen Uebersetzung das wichtige „excès," welches etwas für sich bestehendes ist u. s. w." — Es fehlt hier nichts. Und wie kann jemand, der das Westphälische Staatsrecht kennt, behaupten, daß etwas fehlen dürfe? — Das Wort excès im Original ist nicht im gewöhnlichen Sinne des Worts, da es mit „débauche," „déreglement" synonim ist, sondern im juristischen Sinne zu nehmen, und da bedeutet es, wie das dictionnaire de l'académie franç. ausdrücklich sagt: outrage, violence (z. B. les excès commis en sa personne). Auf eine gleiche Art erklärt Furetière im dictionnaire universel (II. édit. v. Basnage de Bauval. III. Vol. fol. à la Haye et Rotterdam 1701.) dies Wort: „excès en terme de palais signifie blessures outrages etc." — en terme de théologie — relâchement de morale. — Diese Bedeutung hatten mehrere deutsche Interpreten des C. N. vor Augen, und kamen daher darauf, zu behaupten: daß selbst „dumme Streiche" eine Ehescheidungs-Ursache werden könnten. (Dabelow's Archiv. St. V. p. 443.) Eine solche Behauptung ist ein Interpretations-Exces. (Der moralische excès ist: une action qui passe au delà des justes bornes.) — S. auch Schmiedelin's Catholicon, s. v. excès. In der officiellen Ueber-

Ist daher die bösliche Verlassung, den Umständen nach, als eine solche Beleidigung anzusehen, daß sie eine Ehescheidung veranlassen kann? — Dies ist eine ganz andere Frage, und deren Beantwortung nicht ganz so leicht, als die der ersten seyn möchte.

Es wird nothwendig seyn, um zu der Auflösung des Problems zu kommen, zuvörderst die Geschichte der Entstehung der Napoleonischen Ehescheidungs-Gesetzgebung zu Rath zu ziehen. Locré [5]) trägt diese Entstehungs-Geschichte, in soweit sie Bezug auf die gegenwärtig zu erörternde Frage hat, folgendermaßen vor:

---

setzung ist also „excès“ durch harte Mißhandlungen, „sévices“ durch grausame Mißhandlungen und „injures graves“ durch grobe Beleidigungen übersetzt. Wahr ist es jedoch, und auch in Frankreich anerkannt, daß es zweckmäßiger gewesen wäre, lediglich „injures graves“ zu setzen, indem sich kein Exces, und keine Grausamkeit, die an jemanden verübt wurde, denken läßt, ohne anzunehmen, der Patient sey zugleich gröblich beleidigt. Da nun überdem diese Beleidigung stets nöthig ist, wenn eine Ehescheidungs-Ursache vorhanden seyn soll, so wäre es, wie bemerkt, gewiß hinlänglich gewesen, wenn das Gesetz lediglich der „injures graves“ erwähnt hätte. — Sehr gründliche Betrachtungen über die Bedeutung jener drei Ausdrücke finden sich in Mejan's causes célèbres. T. II. p. 33. — „Ces mots, excès, sévices, ont ici le même sens que le mot saevitia dans les décrétales: ce sont les emportemens, la haine et la férocité du mari, qui mettent en péril les jours de la femme;“ sagt daselbst ein trefflicher Redner.

5) Esprit du C. N. T. III. p. 92. 93. éd. in 4to.

„Die Ehescheidungs-Ursache," sagt er, „welche von der böslichen Verlassung (abandon) des einen Ehegatten von dem andern hergenommen wurde, 6) entlehnt aus dem Gesetze vom 20sten September, anfänglich von der Commission, und nachher von der Section des Staatsraths vorgeschlagen, war zum wenigsten auf den sehr anscheinenden Beweggrund gestützt: das Beisammenwohnen ist eine der Pflichten, welche die Ehe auflegt; derjenige Ehegatte, welcher sich dieser Pflicht entzieht, verletzt den eingegangenen Contract."

„In einem zweiten Entwurfe des Titels von der Ehescheidung fand sich die Ursache der böslichen Verlassung nicht wieder ausgedrückt. Nicht, als wenn man die Absicht gehabt hätte, diese Ursache gänzlich zu unterdrücken, man schlug lediglich vor, keinen bestimmten und eigenen Grund daraus zu machen, weil sie, so sagte man, mit unter die Ursachen der Grausamkeiten und bösen Behandlung, und unter die Abwesenheit" (welche nach jenem Systeme eine Ehescheidungs-Ursache war) „zu rechnen sey."

„Der Beweggrund, weßwegen man sich wei-

---

6) Von bloßer Abwesenheit ist in dieser Abhandl. nicht die Rede; sie kann nie eine Beleidigung seyn, da ihre Motive unbekannt sind, und also auch nie Ehescheidungs-Ursache werden.

gerte, aus der böslichen Verlassung eine eigene Ehescheidungs-Ursache zu machen, war, daß es zu schwer ist, dieselbe zu definiren. Der Ausdruck bösliche Verlassung (abandon) enthält einen zusammengesetzten Begriff. Zuvörderst den der Entfernung, [7]) welche eine Thatsache ist, und zweitens der Verlassung, welche nur durch einen Vorsatz statt haben kann: vermag nun auch die Thatsache leicht erwiesen zu werden; wie schwer wird es seyn, auch den Vorsatz darzuthun, welcher oft der Thathandlung widerspricht, und, wenigstens in der Regel, zweideutig ist?"

„Die Ursache der böslichen Verlassung konnte zu viele Misbräuche veranlassen, als daß sie, unter irgend einer Form, hätte angenommen werden können."

„Sie würde das Mittel gewesen seyn, die Ehe durch den Willen eines einzigen zu zerreißen: sie hätte die Ursachen, welche man aus der Unverträglichkeit der Gesinnungen hernahm, und welche man doch ausschließen wollte, wieder hergestellt; und also, statt das Band der Ehe fester zu knüpfen, würde man es noch lockerer gemacht haben, als es zu den Zeiten der größten Unmoralität war. Uebrigens hatte auch die Erfahrung das, was man befürchtete, bestätigt: daß

7) Im Französischen ist sowohl für Entfernung als Verlassung das Wort délaissement gebraucht.

nämlich aus der Zweideutigkeit des Begriffs einer böslichen Verlassung leicht Vorwände zur Ehescheidung hergenommen werden könnten. Die Beispiele solcher Misbräuche waren nur zu häufig."

„Unter andern Umständen waren dergleichen Inconvenienzen durch einige Vortheile aufgewogen worden. Als, zu den Zeiten der politischen Stürme, die Ursache der böslichen Verlassung eine wohlthätige Schiffstrümmer seyn konnte, auf der die Reste einer unglücklichen Familie, etwas aus dem Schiffbruch zu retten vermochten; aber jetzt, während der Ruhe, die Frankreich genießt, war es erlaubt, ein solches Rettungsmittel, als Unglück bringend, zurück zu stoßen."

„Man eröffnete also im Staatsrathe die Meinung, jene Ursache gänzlich zu verwerfen. Diese Meinung ward angenommen."

Berühmte Advocaten und geschätzte Rechtsgelehrte haben in dieser Auseinandersetzung Locré's hinlängliche Gründe zu finden geglaubt, um nun der Meinung dieses Schriftstellers (so wie er sie hier wenigstens auszudrücken scheint) gänzlich beizutreten, und anzunehmen, daß die bösliche Verlassung nie eine Ehescheidungs-Ursache werden könne. [8])

Ich bin der entgegengesetzten Meinung, und

8) Fr. Heinrich's v. Strombeck kleine juristische Abhandlungen, 1stes Heft. S. 123 u. 124.

halte dafür, daß die bösliche Verlassung eine Grausamkeit und harte Beleidigung, und also eine Ehescheidungs-Ursache, unter Umständen, werden könne.

Die Gründe meiner Meinung, die ich noch nirgend entwickelt gefunden habe, nehme ich theils aus der Entstehungs-Geschichte des Gesetzes, theils aus dessen Absicht und der Natur der Sache her.

a. Gründe, hergenommen aus der Entstehungs-Geschichte des Gesetzes.

Ein so geschätzter Schriftsteller Locré ist, so können doch seine Aeußerungen nur von einer bedeutenden Autorität seyn, wenn sie sich auf die in den Discussionen des Gesetzes, denen er beiwohnte, und worüber er die Protocolle abfaßte, vorgekommenen Umstände gründen. Seine eignen Aeußerungen sind nur Meinungen eines Rechtsgelehrten, denen jeder andere sachkundige Rechtsgelehrte die seinige füglich entgegen zu setzen berechtigt ist. Wenn man nun die Verhandlungen des Staatsraths über die gegenwärtige Materie selbst zur Hand nimmt; so findet man nicht ganz das darin, was Locré darin zu finden vermeinte.

Schon Maleville bemerkt: 9)

„Die Entscheidung dieser Frage (ob die Verlassung eine Ehescheidungs-Ursache sey) wurde

9) Maleville, analyse. T. I. S. 251.

bis zum Titel von der Abwesenheit vorbehalten (renvoyée), so wie, als man den Titel von der Abwesenheit verhandelte, man sie dem Titel von der Ehe vorbehielt; in keinem von diesen Titeln ist sie aber entschieden worden. Wie jedoch in dem ersten nicht gesagt ist, daß der zurückgelassene Ehegatte („l'époux demeuré“ — es ist zu merken, daß hier nicht vom „époux abandonné“ die Rede ist) sich wieder verheirathen könne; und in dem Titel von der Ehescheidung nicht, daß die Abwesenheit (absence — nicht abandon) keine gesetzliche Scheidungs-Ursache sey, so folgt auch, daß die Abwesenheit, wenn auch noch so lange fortgesetzt, nie eine Scheidungs-Ursache werden könne."

Maleville sagt also, die Frage, ob die bösliche Verlassung und die Abwesenheit Ehescheidungs-Ursachen werden könnten, sey nicht entschieden, und folgert nun (worin ich ganz seiner Meinung beitrete), die Abwesenheit könne es nie werden; Locré hingegen sagt bestimmt:

„On ouvrit au conseil d'état l'avis de la rejetter absolument.“ (Wobei er citirt: M. Tronchet, procès-verbal. d. 24. Vendém. an X. p. 351. — M. Boulay, ibid. p. 351 u. 352.) „Cet avis est adopté.“ (Wobei er nichts citirt.)

Wer hat nun Recht: Locré oder Maleville? — Ist die wichtige Sache (wie oft in Wörterbüchern geschieht) von einem Artikel zum andern verwiesen, und nirgend entschieden, oder ist dies geschehen? —

Nach einer sorgfältigen Prüfung der Protocolle des Staatsraths, [10]) behaupte ich: Maleville hat Recht; die Frage ist nicht bestimmt entschieden: und der Richter hat also freien Spielraum, ob er die bösliche Verlassung, den Umständen nach, für eine gröbliche Beleidigung und Grausamkeit halten wolle, oder nicht, und kein Cassations-Gericht kann seine Entscheidung aufheben, weil er, und nur er allein, berechtigt ist, den Umständen nach, zu beurtheilen, ob eine, die Ehescheidung begründende Grausamkeit vorhanden sey, oder nicht.

Bei einer so wichtigen Sache, wie die gegenwärtige ist, und wo es darauf ankömmt, die Behauptung wahr zu machen, der Redacteur eines Protocolls habe sich, in seinen Anführungen aus demselben, geirrt, wird es nöthig seyn, die Beweisstücke, die nicht jedem Leser gegenwärtig seyn können, selbst vorzulegen. Ich lasse hier also nicht

---

10) Procès-verbaux du conseil d'état, conténant la discussion du Code Nap. A Paris, imprimerie Impériale. II. éd. V. Vol. 4to.

nur die Uebersetzung der Verhandlungen, worauf sich Locré bezieht, sondern den ganzen Theil des Protocolls, worin sie verwebt sind, (so viel nämlich zur Erörterung der gegenwärtigen Rechtsfrage dient; denn in den Protocollen wurde mancherlei durch einander verhandelt) folgen, und der Leser mag urtheilen, ob Maleville oder Locré Recht haben.

Die erste Redaction der Ehescheidungs-Ursachen, welche in der Sitzung vom 14ten Vendémiaire X. vorgelegt wurde, lautete: 11)

„Art. 1. Die Ehescheidung kann nur wegen Ursachen, welche das Gesetz bestimmt, ausgesprochen werden."

„Art. 2. Diese Ursachen sind: Grausamkeiten oder schlechte Behandlung (sévices ou mauvais traitemens), die zur Gewohnheit gewordene übele Aufführung des einen Ehegatten, welche dem andern das gemeinschaftliche Leben unerträglich macht; die öffentliche Verunglimpfung; die bösliche Verlassung (abandon) des Mannes durch die Frau, oder der Frau durch den Mann; der Ehebruch der Frau, wenn er mit öffentlichem Scandal begleitet, oder durch Briefschaften, die von ihr herrühren, bewiesen ist; der Ehebruch des

---

11) Procès-verbaux etc. T. I. p. 296.

Mannes, welcher seine Beischläferinn in dem gemeinschaftlichen Hause hielt."

Die Discussion über diese Abfassung wurde in zwei Sitzungen, nämlich in der vom 14ten und vom 16ten Vendémiaire X., fortgesetzt, ohne daß man sich über bestimmte Grundsätze hätte vereinigen können. Der Staatsrath Emmery schlug daher, am Ende der letztern Sitzung, vor: 12) „Es schiene nothwendig, um die Verhandlung regelmäßig zu machen, in verschiedenen Projecten die verschiedenen Systeme abzufassen." Der Staatsrath adoptirte diesen Vorschlag, nachdem der mitgetheilte erste Entwurf verworfen war.

Nun überreichte, in der Sitzung vom 24sten Vendémiaire X., der St. R. Boulay eine zweite Redaction. In dieser, von der ersten gänzlich verschiedenen, war, wie auch Locré bemerkt, der böslichen Verlassung gar nicht, wohl aber der Abwesenheit folgendermaßen erwähnt:

„Art. 8. Die erklärte Abwesenheit ist eine Ursache der Ehescheidung; jedoch kann diese nicht vor dem Ablaufe eines Jahrs, nach erklärter Abwesenheit, ausgesprochen werden." 13)

Der Redacteur des Projects, Boulay, erklärte sich über diesen Artikel folgendermaßen:

„Der letzte Artikel läßt die erklärte Abwesen-

12) Procès-verbaux. T. I. S. 334.

13) Procès-verbaux. T. I. S. 341.

heit als eine Ehescheidungs-Ursache zu. Diese Ursache ist der, welche von der böslichen Verlassung hergenommen wird, vorzuziehen. Diese scheint nicht nur schwer zu characterisiren, sondern auch vielen Inconvenienzen unterworfen zu seyn. Man muß freilich gestehen, daß die Ursache, welche von der erklärten Abwesenheit hergenommen wird, nicht davon gänzlich befreit ist; auch, setzte der B. Boulay hinzu, wolle er nicht darauf bestehen, wenn man auf die Ursache, welche von der böslichen Verlassung herrührt, ebenfalls nicht bestehen wolle."

In eben dieser Sitzung (14. Vend. X.) legte auch der B. Berlier eine neue Redaction der Ehescheidungs-Ursachen vor, in welcher des hier in Frage stehenden Gegenstandes folgendermaßen erwähnt war:

„Art. 7. Im Fall der Zurücklassung oder böslichen Verlassung (délaissement ou abandon) des einen Ehegatten durch den andern, kann der verlassene Ehegatte die Scheidung verlangen, wenn er bescheinigt:

1. Drei Aufforderungen (sommations) an den andern Ehegatten, in Zwischenräumen von wenigstens sechs Monaten, erlassen zu haben;
2. wenn er ein Attestat der Nicht-Vereinigung, sowohl von dem Friedensrichter, als der Municipalität des Wohnorts des verlassenen Ehegatten, beibringt."

Ein drittes Project wurde von dem B. Emmery vorgelegt, worin der böslichen Verlassung nicht, wohl aber der Abwesenheit, folgendermaßen erwähnt wurde:

„Art. 4. Die Verurtheilung des einen Ehegatten zu einer entehrenden Strafe und die Abwesenheit geben Ursachen zur Ehescheidung ab, welche, in beiden Fällen, von dem Beamten des Civil-Standes, nach Vorzeigung, von Seiten des fordernden Gatten, entweder des definitiven Verdammungs-Urtheils, oder der Abwesenheits-Erklärung, ausgesprochen wird."

Es wurde, nachdem sehr vieles hin und her gesprochen war, 14) darüber gestimmt, welches von diesen drei Projecten, als Project, den Vorzug haben sollte. Das erste, von Boulay vorgeschlagene, wurde den übrigen vorgezogen, und also bei der Verhandlung zum Grunde gelegt. In diesem befand sich die Abwesenheit, nicht aber die bösliche Verlassung, als Scheidungs-Grund. Nachdem man über die einzelnen Artikel des Projects verhandelt hatte, welche zum Theil angenommen, zum Theil abgeändert und ausge-

14) „Le citoyen Thibaudeau répond: Que, dans cette discussion on reproduit sans cesse une foule d'objections qui ont été plusieurs fois refutées. Il est inutile de revenir sur des points déjà décidés etc."

setzt wurden, kam man zu dem 8ten Art., worin von der Abwesenheit die Rede war.

Hier eröffnete sich folgende Verhandlung: [15])

„Der B. Boulay sagt, man habe vorgeschlagen, die Scheidung wegen böslicher Verlassung zuzulassen, aber diese Ursache sey zu schwer zu bestimmen, und trete übrigens auch in die Scheidungs-Ursache wegen Grausamkeit und schlechter Behandlung, [16]) oder wegen Abwesenheit.

Der erste Consul sagt, [17]) daß dessen ungeachtet eine wesentliche Verschiedenheit unter der Abwesenheit und der böslichen Verlassung obwaltet; denn ein Ehegatte kann sich von dem andern entfernen, ohne die Absicht zu haben, ihn böslich zu verlassen: das Tribunal wird beurtheilen, ob, den Umständen nach, eine bösliche Verlassung vorhanden sey, oder nicht. Die Ehe ist für das ganze Leben eingegangen: wenn ein Ehemann sich von seiner Frau, mit ihrem Willen, entfernt, und diese hätte die Erlaubniß, sich wieder zu verheirathen, so kann der Fall entstehen, daß der Mann, bei seiner Rückkehr, zwar alle seine Glücksgüter, und doch seine Frau nicht wieder findet. Es scheint daher sehr zweckmäßig,

---

15) Procès-verbaux. T. I. S. 351. seq.

16) S. Locré l. c.

17) Die Vota des jetzigen Kaisers zeichnen sich stets durch Bestimmtheit und Scharfsinn aus: man wird dieses auch in der hier mitgetheilten Verhandlung bemerken.

zwischen der Abwesenheit und der böslichen Verlassung zu unterscheiden. [18])

Der B. Trochet sagt, er habe nicht die Meinung, die Ursache wegen böslicher Verlassung anzunehmen, weil sie ein Mittel seyn würde, die Ehe durch den Willen eines einzigen trennen zu können; [19]) daß er ebenfalls die Ursache wegen Abwesenheit verwerfe. — Man weiß nicht, (setzt er hinzu) ob der Mann lebendig oder todt ist; das Gesetz erhält ihm seine Güter, und, durch den sonderbarsten Widerspruch, raubt es ihm das Eigenthum seiner Frau! Dies würde ein Scandal seyn! Nie hat die Frau eines Abwesenden die Erlaubniß gehabt, sich wieder verheirathen zu dürfen, ohne zu beweisen, daß ihr Mann gestorben sey. Es ist wahr, daß die Novelle 22. ihr diese Erlaubniß ertheilt hat, wenn der Mann in einem Feldzuge begriffen war; aber die Novelle 118. hat diese Jurisprudenz abgeän-

---

18) Wäre doch diesem Voto gemäß ein Artikel entworfen!

19) Welch ein falsches Urtheil! Es ist kaum zu begreifen, wie T. ein solches dem ersten Consul entgegen setzen konnte. Freilich steht es oft in der Willkühr des Nichtswürdigen, der seine Gattinn böslich verläßt, diese dadurch in eine solche Lage zu setzen, daß sie um Trennung nachsuchen muß: aber steht es nicht eben so sehr in seiner Willkühr, sie so grausam zu behandeln, daß sie, um sich vor seinen Verfolgungen zu retten, denselben Schritt thut? — Müßte dieserhalb der aus den Grausamkeiten hergenommene Scheidungsgrund verworfen werden?

dert: sie hat der Frau nicht anders die Erlaubniß ertheilt, sich wieder verheirathen zu dürfen, als wenn der Tribun, unter dessen Befehl der Mann diente, dessen Tod bescheinigt hatte.

Der B. Boulay sagt, daß er nur deshalb die Ursache aus der Abwesenheit vorgeschlagen habe, um die aus der böslichen Verlassung herrührende zu beseitigen, daß aber seine Meinung ist, beide zu unterdrücken.

Der B. Berlier glaubt, daß man wenigstens die Ursache aus der Abwesenheit zulassen müsse; er führt die alte Gesetzgebung Roms zum Beispiele an, welche diesen Grund sehr begünstigte, und dieses erst zu Justinians Zeiten zu thun aufhörte, der dieserhalb sehr von Montesquieu getadelt wurde, welcher bemerkte: daß der Kaiser das öffentliche Wohl beleidigte, indem er eine Frau ohne Gatten ließe, und daß er das Familien-Wohl verletzte, indem er sie tausend Gefahren Preis gäbe.

Der B. Berlier untersuchte nachher die Frage besonders in Hinsicht des Nutzens der Frauen; indem der Krieg, die Reisen, und fast alle Ursachen, welche veranlassen, daß man die Kunde von einem Menschen verliert, besonders auf dem Manne lasten.

Er bemerkt, daß die Abwesenheit des Mannes die Frau in ein unglückliches Cälibat und einen Zustand der Verlassenheit setze; daß man ihr

also die Ehe erlauben müsse, wodurch sie eine neue Stütze erhielte. Wenn man die Frist von fünf Jahren zu kurz findet, so erlaube man erst die Scheidung nach zwanzig (!) Jahren, d. i. alsdann, wenn die Besitz-Einweisung der Erben des Abwesenden definitiv wird: aber das Cälibat der Frau daure nicht ewig. [20]) Man hat Ursache zu vermuthen, daß ein Gatte, welcher in zwanzig Jahren keine Nachricht von sich ertheilt hat, zu leben aufhörte.

Der B. Thibaudeau bemerkt, daß der Artikel ihm mit den Principien, welche über die Abwesenheit angenommen sind, im Widerspruche zu stehen scheint. Wenn jemand binnen fünf Jahren nichts hat von sich vernehmen lassen, so beginnt man damit, ihn für abwesend zu erklären: bis jetzt ist also noch nichts ihm Nachtheiliges verfügt; dann setzt man seine vermuthlichen Erben in den vorläufigen Besitz seiner Güter, und zwar um ihre Verwaltung sicher zu stellen. Nach zehn Jahren erwerben sie erst die Früchte. Nachher, nach einem Zwischenraume, den Einige auf dreißig, Andere auf zwanzig oder funfzehn Jahre bestimmen wollen, wird die definitive Besitz-Einweisung in die Güter

---

20) Schwerlich möchte von der Aufhebung des Cälibats, nach einer zwanzigjährigen Abwesenheit, ein bedeutender Nutzen für den Staat zu erwarten seyn: es ist nicht anzunehmen, daß, außer dem Daseyn reeller Reize, sich um eine solche Penelope viel Freier bewerben werden.

des Abwesenden ausgesprochen; und man giebt sie ihm zurück, er möge wieder erscheinen, wann er wolle. Wenn das Gesetz mit einer solchen Vorsicht handelt, so würde es sehr inconsequent seyn, der Frau zu erlauben, sich scheiden zu lassen, sobald der Mann für abwesend erklärt ist, wodurch noch nichts gegen sein Daseyn bewiesen wird; man muß ihr wenigstens erst dann diese Erlaubniß ertheilen, wenn die Abwesenheit so lange statt hatte, daß das Gesetz den Tod des Abwesenden mit Recht vermuthen kann. Beim Titel von der Abwesenheit sey man von jenen Grundsätzen sehr entfernt gewesen, man habe geglaubt, daß die Abwesenheit des einen Ehegatten, wenn auch noch so lange fortgesetzt, doch den andern nicht berechtige, sich wieder zu verheirathen, und daß er diese Erlaubniß nicht eher erhalten könne, bis daß der bestimmte Beweis des Todes beigebracht sey. Damahls hielt man diese Lehre mit der Vernunft und den guten Sitten übereinstimmend.

Der Consul Cambacérés tritt dieser Meinung bei.

Er schlägt vor, den Artikel auszusetzen, bis der Titel von der Abwesenheit definitiv festgesetzt sey.

Der B. Tronchet bemerkt, daß im Titel von den Abwesenden eine Bestimmung, welche Bezug auf die Wirkungen der Abwesenheit in Betreff der Ehe enthalten, gewesen, daß man sie aber bis zum Titel von der Ehe ausgesetzt habe.

Der B. Boulay bemerkt, daß man nicht nöthig hat, die Verfügungen, welche in Betreff der Güter eines Abwesenden beschlossen wurden, auch auf seine Ehe anzuwenden: denn, wenn die Frau des Mannes Eigenthum ist, so ist auch wieder der Mann der Frauen Eigenthum. [21])

Der B. Regnier unterscheidet die Abwesenheit, welche durch einen Zufall veranlaßt werden konnte, von einer criminellen böslichen Verlassung (abandon criminel), welche eine Ursache der Auflösung des Contractes abgeben kann. [22]) Uebrigens ist die Erlaubniß, welche man der Frau ertheilen will, so gut als gar keine. Man kann in der That die Ehescheidung in keinem zu kurzen Zeitraume erlauben, und ist der Zeitraum nur einigermaßen lang, so wird, wenn er abgelaufen ist, die Frau ein Alter erreicht haben, worin sie, bei ein wenig Verstande, sich nicht wieder verheirathen wird.

Der B. Portalis sagt, daß sich der Abwesende fast stets in Geschäften, und also auch zum Besten seiner Frau und Kinder, entferne; daß es

---

21) Wie wahr und durchgreifend ist diese Bemerkung! Sprach man doch bis hierher lediglich so, als wenn der Zurückgebliebene eine Sache sey.

22) Diese Unterscheidung, welche mehr als die ganze übrige Verhandlung enthält, war schon ausführlich in dem Voto des ersten Consuls begriffen, und hätte billig angenommen werden sollen.

also verhaßt seyn würde, wenn seine Abwesenheit ihm selbst Schaden brächte. 23) Die Ehescheidung müsse nicht zugelassen werden, als wenn der Abwesende sich in verbrecherischer Absicht entfernte. 24)

Der erste Consul setzt hinzu, daß übrigens auch, in der Regel, die Frau mit der Führung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten beauftragt ist; daß wenn der Abwesende Kinder habe, er bei seiner Rückkehr niedergedrückt werden würde, wenn er fände, daß seine Frau vergessen hätte, daß ihre Kinder einen Vater hätten. Doch könnte man die Gerichte autorisiren, die Ehescheidung nach einer Abwesenheit von zehn Jahren auszusprechen, wenn durch ein Zeugenverhör die Wahrscheinlichkeit des Todes des Abwesenden erlangt würde." 25)

Nachdem nun noch Verschiedenes, bereits zum Theil Vorgebrachtes, von Tronchet, Thibaudeau, Cambacérés und Regnier gesagt war, so äußerte Portalis: Es schiene, als wenn alle

23) So mag er Nachricht von sich ertheilen, wozu er in fünf Jahren, selbst wenn er in einem Algirschen Bagno seufzen sollte, in der Regel, Gelegenheit finden kann: und das Gewöhnliche muß der Gesetzgeber vor Augen haben.

24) So kehrte man stets zu dieser natürlichen Ansicht der Dinge zurück.

25) Wenn auch der Zeitraum von zehn Jahren vielleicht zu lang war, so wäre doch auch hier wieder sehr zu wünschen gewesen, daß die Meinung des Kaisers durchgegangen sey.

diese Fragen, bis zum Titel von der Abwesenheit ausgesetzt werden müßten.

„Der Staatsrath setzte den Artikel bis zum Titel von den Abwesenden aus." 26)

Jeder Leser wird sich, nach der Lesung dieses Protocolles, überzeugen:

1. Daß man im Staatsrathe gar keinen Beschluß darüber gefaßt habe, ob die bösliche Verlassung oder Abwesenheit eine Ehescheidungs-Ursache seyn solle, oder nicht;
2. daß man vielmehr diese Materie ausgesetzt habe;
3. daß in den Verhandlungen nicht das Geringste vorkömmt, welches eine Mißbilligung des Grundsatzes enthielte, daß die bösliche Verlassung unter Umständen zu einer Grausamkeit und Beleidigung, und also eine Ehescheidungs-Ursache, in diesem Betrachte, werden könne, und daß, wenn Locré sagt:

„On ouvrit donc au conseil d'état l'avis de la rejetter (la cause d'abandon) absolument: Cet avis a été adopté."

er etwas behauptet, das keinesweges in den Protocollen enthalten ist. Es wurde sowohl

---

26) Procès-verbaux, T. I. S. 355. „Le conseil d'état renvoie l'article au titre d'absens." Locré hingegen sagt: „Cet avis a été adopté."

über die Ursache der böslichen Verlassung, als die der Abwesenheit, nichts entschieden. Man setzte die Discussion aus, und nahm sie nicht wieder vor.

Die Geschichte der Entstehung des Gesetzes lehrt uns also:

daß die bösliche Verlassung zwar nicht an sich eine Ehescheidungs-Ursache sei, daß aber auch nichts im Wege stehe, sie, unter Umständen, für eine solche Beleidigung zu erkennen, welche die Scheidung nach sich zieht.

b. Gründe, welche aus der Absicht des Gesetzgebers und der Natur der Sache folgen.

Als der Gesetzgeber die Scheidung wegen grausamer Beleidigungen erlaubte, hatte er die Absicht, einen schuldlosen, unglücklichen Gatten zu retten. Es schien ihm eine unleidliche Härte zu seyn, einem Wesen nicht zu Hülfe zu kommen, dem, statt geschworner Liebe und Zuneigung, nur Haß und grausame Begegnung zu Theil wurde. Doch war der Ehecontract zu ernsthaft, und bei seiner Aufrechthaltung war zu sehr der Staat interessirt, als daß man geringer Beleidigungen wegen die Scheidung hätte zulassen können. Groß und hart mußten die Beleidigungen allerdings seyn, welche Scheidung bewirken sollten: aber groß und gering sind relative Begriffe. Eine Frau von Erziehung und Stande wird durch eine Aeu-

ßerung bis zum Tode gekränkt, welche ein gemeines Weib, von rohen Sitten, nur mit einer Gegenbeleidigung erwiedert — und vergißt. Wo ist hier der Maasstab, nach welchem beurtheilt werden soll, was groß und was klein sey? Er konnte, der Natur der Sache nach, nur durch den Scharfblick des Richters gefunden werden. Dieser allein ist berechtigt, die Natur der Beleidigung, worauf Scheidung gegründet werden soll, zu untersuchen, und das Resultat seiner Untersuchung auszusprechen. [27]) Nirgend ist dem Richter aber vorgeschrieben, daß er nur über eine gewisse Gattung von Thathandlungen seine Untersuchung erstrecken, und die andern gar nicht (damit ihre Natur untersucht werde) zulassen solle. Tausende von Handlungen können durch Umstände zu einer groben Beleidigung werden. [28]) Sollte

---

27) Jurisprudence du C. N. T. X. p. 413. T. XI. p. 54. Erkenntniß des Cassations-Hofes zu Paris, d. d. 25. Mai 1808. in Lassaulx's Annalen der Gesetzgeb. Nap. B. 3. S. 70.

28) Doch ist es durchaus nothwendig, daß diese Handlungen, welche man zu grausamen Beleidigungen machen will, nicht schon an sich Ehescheidungs-Ursachen sind. Ein Mann also, der, um seiner Frau die Zuchthaus-Strafe zu ersparen, auf Scheidung wegen grausamer Beleidigungen klagen, und den Ehebruch als die statt gehabte Beleidigung anführen, ja, selbst diesen beweisen würde, müßte abgewiesen werden. Nach diesen Grundsätzen entschied der Appell.-Hof zu Colmar am 8ten Dec. 1807, und hob dadurch ein Erkennt. des Tribunals zu Strasburg auf, welches die entgegengesetzten

die Gemahlinn des Königs Kandaules, welcher seinen Vertrauten, den Trabanten Gyges, heimlich in dem Schlafzimmer seiner Gattinn versteckte, (um Reize, welche nur für den Mann bestimmt waren, und die allein zu kennen ihm nicht genügte, auch jenem sehen zu lassen) 29) nicht, vor einem französischen oder westphälischen Gerichte, mit der Ehescheidungs-Klage zuzulassen seyn? Gewiß! und gewiß so lange, als Schamhaftigkeit, mit so vielen andern Tugenden, nicht die Erde wird verlassen haben. Und wo ist diese Thathandlung unter den Ehescheidungs-Ursachen aufgeführt? — Aber es war dies auch nicht nothwendig: jede grobe Beleidigung (der Richter wird beurtheilen, ob eine solche vorhanden sey) ist eine solche. Hat also die bösliche Verlassung den Character der Grausamkeit und groben Beleidigung, so ist sie Ehescheidungs-Ursache; hat sie diesen Character nicht, so ist sie es auch nicht. Der Richter urtheile; das Gesetz befiehlt es ihm. Was würde man auch zu einer Gesetzgebung sagen, die einem unglücklichen, kranken, vielleicht schwangern Weibe, welches der pflichtvergessende Gatte mit den unmündigen Kindern zurückließ, dem er (wir wollen es annehmen, damit uns der Beweis nicht

---

Grundsätze angenommen hatte. Sirey, Jurispr. de la cour de cassation. T. X. 1810. p. 531.

29) Herodot, Clio. cap. VIII.

mangle) vielleicht schriftlich, oder, vor Zeugen, mündlich seinen bösen Vorsatz nicht verheimlichte, das traurige Rettungsmittel der Scheidung versagte! Wie würde man von der Consequenz des Gesetzes urtheilen müssen, wenn ihr der Richter erwiedern könnte: hätte dein Ehemann dir Untreue vorgeworfen, so würde ich dich scheiden können; [30]) da er dich aber nur verhungern läßt, da er dich und deine Kinder nur der Verzweiflung, und, wenn ihr nicht standhaft duldet, nur der Schande Preis giebt: so kann ich euch nicht scheiden. Eine solche Legislation würde doch wenig dazu beitragen, [31]) das neue Gesetz den Völkern Europens annehmlich zu machen. Aber es ist auch frei von dergleichen Inconsequenzen.

Doch, nicht genug, daß aus böslicher Verlassung des Mannes Grausamkeit und grobe Beleidigung gefolgert werden kann, eben so gut kann aus jener, wenn sie von Seiten der Frau statt hat, eine solche violente Vermuthung des Ehebruchs entstehen, daß, besonders wenn sie mit einigen unterstützenden Nebenumständen statt hatte, dieser als völlig erwiesen angesehen, und die Flüchtige, andern zur Warnung, sehr füglich geschieden und ein

---

30) Non debet cui plus licet quod minus est non licere. L. 21. D. de div. regul. jur.

31) Quae rerum natura prohibentur nulla lege confirmata sunt. L. 188. § 1. D. de div. regul. jur.

paar Monate dem Zuchthause anvertraut werden kann. 32) Wäre es nicht die gräßlichste Satyre auf unser Jahrhundert (in welchem freilich die wenigen, welche aus bessern Zeiten herüber gerettet wurden, trauernd die entwichenen Sitten beklagen), wenn nicht den Ehebruch darthun, oder wenigstens ihm gleich geachtet werden sollte, wann ein Scham- und Sitten-vergessendes Weib, den Armen ihres Mannes, den Liebkosungen der Kinder und den heiligsten Pflichten entfliehend, sich den Umarmungen ihres, ihr nacheilenden Buhlen hingiebt; wenn der von Kummer niedergedrückte Ehemann von den Organen der Gesetze gezwungen werden sollte, eine solche Pest wieder bei sich aufzunehmen, damit ja ihr Gift auf seine Nachkommenschaft (das Beispiel nicht bestraften Verbrechens ist das gefährlichste) sicher übergetragen würde: da, ganz entgegengesetzte Grundsätze befolgend, Justinian die Ehescheidung zuließ: si, nolente marito, foris domum manserit: nisi forsan apud proprios parentes; si Circensibus aut theatris aut amphitheatris interfuerit ad spectandum, ignorante aut prohibente marito. Eine solche Satyre auf unser Zeitalter steht von dem Gesetze nicht zu vermuthen.

Also auch dann kann der Richter, der böslichen Verlassung wegen, auf Scheidung, und mit

32) Cap. 12. X. de praesumt. Bœhmer jus eccl. prot. L. 4. T. 19. § 28. 29. 30. — S. a. Lüneb. Kirchen-Ord. c. 14. § 12. Corp. const. Lüneb P. I. p. 137.

ihr auf Bestrafung erkennen, wenn die Verlassung die der Gewißheit gleich zu achtende, (und was ist unter den Sterblichen gewiß?) violente Vermuthung des Ehebruchs (stets an Unmoraliät ihm gleich zu halten) seinem untersuchenden Geiste darbiethet. 33)

Aber, höre ich die schon Ueberzeugten fragen, angenommen, daß die bösliche Verlassung, in jener doppelten Hinsicht, zur Scheidungs-Ursache werden könne; wie soll denn die Vorschrift des Gesetzes, welches die Vorladung des Beklagten in Person erfordert, (Art. 238. 241.) erfüllet werden, wenn niemand den Aufenthalts-Ort des Beklagten kennt? Sind die Formen der bürgerlichen Proceß-Ordnung hier, im Ehescheidungs-Verfahren, zu befolgen? — Allerdings, denn das Gesetz befiehlt es ausdrücklich. „Wird von dem Gerichte, so lautet der Art. 241., jene Erlaubniß ertheilt, so läßt der Kläger den Beklagten auf die gewöhnliche Weise vorladen u. s. w." Hätte also wirklich der beklagte Ehemann sein Domicil verändert, welches nicht anders als unter Beobachtung der von dem Gesetze vorgeschriebenen Formen geschehen kann, 34) und daher äußerst sel-

33) Nach diesen Grundsätzen erkennen auch die französischen Gerichte. Erkenntn. des Tribunals zu Paris vom 25. Ventose XII. Lassaulx's Annalen, 2. Thl. S. 80. Dabelow's Archiv für den Code Nap. 5. St. S. 441.

34) Art. 104. 105. 106. 107. C. N.

ten der Fall seyn wird, oder wäre er ein Vagabunde, so geschieht die Vorladung auf die in der Proc. Ord. (Art. 19. Nro. 9.) vorgeschriebene Weise; ist dies nicht der Fall, so ist die Vorladung im gewöhnlichen Domicile, der an die Person geschehenen gleich zu achten. Die Frau, wenn sie auch in einen andern Welttheil flöhe, und auf das bündigste die Absicht, ihr Domicil verändern zu wollen, ausdrückte, behält dasselbe dennoch bei ihrem Manne, und kann in diesem gültig vorgeladen werden. [35])

---

35) Art. 108. C. N. Pandectes fr. T. III. p. 375. seqq. Zachariä, Handb. 2 Aufl. Thl. I. S. 131. Grolmann, ausf. Handb. ü. d. C. N. Thl. I. S. 390. ff. (Nur wenn die Ehegatten bereits von Tisch und Bett getrennt waren, kann jener Grundsatz zweifelhaft werden. Grolmann. l. c.) Es ist daher eine gänzlich überflüssige Form, wenn auch abwesende Ehefrauen, deren Wohnort nicht bekannt ist, durch die öffentlichen Blätter, auf die in der Proceß-Ordnung Art. 19. Nr. 9. vorgeschriebene Weise, citirt werden, so wie man dergleichen nicht selten in dem Supplement des westph. Moniteurs liest. Die Citation kann füglich im gesetzlichen Domicil geschehen, und muß die Ehefrau die Schuld ihrer Entfernung tragen, wenn sie diese Citation nicht erfährt. Erkenntniß des Appellations-Hofes zu Aix vom 7ten Mai 1809. (Jurisprudence du C. N. T. XIV. S. 24.)
„Considérant que le domicile de la femme étant le même que celui du mari, le Sr. R. a pu faire citer valablement son épouse à Marseille, ou il demeuroit;
Que celle-ci n'a point le droit d'exciper de sa résidence réelle à Toulon, quoique elle fut tolérée par son mari, qui en avoit connaissance; qu'ainsi tous les actes de la procédure en question . . . . . auxquelles il n'a été reproché aucune irrégularité, autre que celle d'a-

Also die Vorladung abwesender Ehegatten, um sich auf eine Scheidungs-Klage einzulassen, biethet nicht mehr Schwierigkeiten, als jede andere Vorladung eines Abwesenden dar, und die Anwälte, [36]) welche die gewöhnliche Methode, unter jenen Umständen, befolgten, können dieses auch ferner mit Sicherheit thun; nur möchte ich rathen, nie die bösliche Verlässung als den eigentlichen Ehescheidungs-Grund auszudrücken, sondern, um sich der Vorschrift des Gesetzes zu fügen, ihn in der Grausamkeit und den harten Beleidigungen zu setzen. So wird jede Bedenklichkeit wegfallen. Uebrigens ist auch bereits von französischen Appellations-Höfen die bösliche Verlassung für eine schwere Beleidigung, und also Ehescheidungs-Ursache, erkannt. [37])

voir signifiés à Marseille et non à Toulon, doivent être maintenus etc." . . . Und in diesem Falle wohnte die Frau mit Bewilligung des Mannes von ihm entfernt; erfuhr nichts von den Citationen, und wurde in contumaciam überdem zum Zuchthause verurtheilt.

36) Diese müssen in der Regel die Citationen aufsetzen, die von dem öffentlichen Ministerium nur bekannt gemacht werden. Die im Art. 238. C. N. erwähnte Vorladung setzt der Präsident auf. Die Vollziehung besorgt, im Fall der Abwesenheit, unbedenklich das öffentliche Ministerium. Jurisprudence du C. N. T. IV. p. 422.

37) Erkenntn. des Appell. Gerichts zu Brüssel, d. d. 8. Fruct. XIII. Lassaulx's Annalen, Thl. 2. S. 172. ff. Desselben Codex Nap. commentirt u. s. w. 1 Thl. S. 310. § 78. Nr. 3. — 2 Thl. S. 46. § 89. Nr. 1.

# XI.

## Ehescheidungs-Ursachen. — Venerische Krankheit.

### Ist es eine Ehescheidungs-Ursache, wenn ein Ehegatte den andern mit der venerischen Krankheit ansteckte?

Ob es eine solche Beleidigung sey, daß die Scheidung Folge davon werden könne, wenn ein Ehegatte dem andern die venerische Krankheit mittheilte, ist eine Frage, deren Beantwortung um so wichtiger ist, da mit Grunde angenommen werden kann, (bei dem Sittenverderbniß des Zeitalters) daß sie, wie in Frankreich der Fall war, auch in Deutschland sich öfter den Richtern darbiethen wird, und da sie von den französischen Gerichtshöfen auf verschiedene Weisen beantwortet wurde. 1)

1) Das Appellations-Gericht zu Pau erkannte z. B. am 3ten Febr. 1806 ausdrücklich: daß man die Mittheilung dieser Krankheit, gleichsam als eine schlechte Behandlung, nicht im Ernste unter die Ehescheidungs-Ursachen rechnen könne. — „Qu'il n'est pas sérieux de prétendre que cette communication, étant un mauvais traitement, est implicitement comprise comme cause de séparation dans l'expression générique d'excès etc." . . . Jurispr. d. C. N. T. VI. p. 304. ff. Dahingegen das Appellations-Gericht zu Besançon in einem Erkennt. d. d. 1. Febr. 1806 gewissermaßen das Gegentheil äußerte: „parce qu'étant prouvé que l'appellant a communiqué à son épouse une mala-

Es dünkt mich, es könne diese Frage nach ähnlichen Grundsätzen, wie die im vorigen Aufsatze, entschieden werden.

Eine Krankheit, als solche, zur Scheidungs-Ursache machen wollen, würde eben so ungerecht seyn, als wenn man die bloße Abwesenheit, ohne Weiteres, dazu bestimmte. Kein Gesetzgeber that dies bis jetzt; [2]) und selbst die ekelhafteste aller, womit bereits im Alterthume die traurige Menschheit geplagt wurde, der Aussatz, und der, in seinen damahligen Aeußerungen, so viel Aehnlichkeit mit dem venerischen Uebel hatte, daß es Aerzte gab, welche beide Krankheiten für dieselbe hielten, hatte diese Wirkung nicht. Auch das Gesetzbuch Napoleons nahm Krankheiten, und selbst unheilbare und ansteckende, nicht mit unter die Ehescheidungs-Ursachen auf, und schloß sie, schon

---

die vénérienne, cette cohabitation loin d'avoir effacé l'injure l'auroit au contraire aggravée."

2) Voet, comment. ad. D. L. XXIV. T. II. Nro. 16. Wernher, observ. jur. T. IV. obs. 6. G. L. Bœhmer, princ. jur. can. § 408. Pothier, contract de mariage, Nro. 514. Nach den jüdischen Ritual-Gesetzen muß jedoch der Mann, wenn er durch Krankheit oder Leibesschwäche unfähig ist, seiner Frau ehelich beizuwohnen, nachdem sie sechs Monate mit ihm Geduld gehabt hat, wenn sie darauf besteht, ihr den Scheidebrief geben. Wenn aber die Aerzte die Krankheit kuriren zu können glauben, so muß sie den Ausgang der Kur abwarten. S. Ritual-Gesetze der Juden, entworfen von dem Verfasser der philosophischen Schriften auf Veranlassung und unter Aufsicht R. Hirsch Lewin, Oberrabiners zu Berlin. (Berlin 1788. 8.) S. 142.

lediglich hierdurch, gänzlich davon aus. Daß aber diese Ausschließung nicht die Folge des Zufalls, sondern des bestimmtesten Vorsatzes gewesen sey, lehren uns die Verhandlungen. Selbst unheilbare Raserei ist keine Ehescheidungs-Ursache. [5])

Man glaubte mit Recht, daß das Unglück des einen Ehegatten den andern nicht berechtigen dürfe, seine Hülfe zu versagen, daß ihn dasselbe vielmehr noch fester an seinen beklagenswerthen Gefährten ketten müsse. [4])

Gewiß ist es also, daß die Lustseuche, lediglich als Krankheit betrachtet, eben so wenig als jede andere, Ursache zur Scheidung werden könne. Eben so gewiß, scheint es mir, kann man aber auch von der Mittheilung jenes Uebels, als von der Verlassung (wie im vorigen Aufsatze darzuthun versucht ward), annehmen, daß sie unter beschwerenden Umständen Ehescheidungs-Ursache werden könne, woraus denn folgt, daß eben diese Umstände der Gegenstand eines aufzulegenden Beweises zu seyn vermögen.

---

3) Locré, esprit du C. N. T, III. p. 81. Observations de la cour d'appel à Paris, p. 44.

4) „Le malheur de l'un des époux doit être au contraire un lien de plus pour l'autre." Locré, l. c.

„L'infirmité de l'époux, que l'on voudroit être autorisé à répudier, a peut-être été contractée dans le mariage même: comment pourroit-elle devenir une occasion raisonnable de divorce?" Discours préliminaire du Code civil par Portalis. (Pandectes franç. T. I. p. 311. 312.)

Diesen Beweis deshalb ausschließen wollen, weil, durch die Eröffnung ekelhafter und sittenloser Umstände, keusche Ohren beleidigt werden können, würde eine pietistische Frömmelei und tadelnswerthe Scheinheiligkeit verrathen. Dies hieße einen Unglücklichen den Gebrauch der Mittel berauben, welche ihm wohlthätige Gesetze verstatteten, um sein Daseyn der Schande und der Verzweiflung, lebend an einen faulenden Leichnam gekettet zu seyn, entziehen zu können; und warum? weil diese Mittel das große Geheimniß vielleicht aufdeckten: Menschen vermögen es, zu einem tiefen Grade der Verderbtheit herabzusinken. — Wie soll denn der Beweis des Ehebruchs geführt werden? und kein Gesetz verboth doch diesen Beweis.

Die Umstände, unter denen die Mittheilung der venerischen Krankheit (und ich möchte von jedem ähnlichen Uebel dasselbe behaupten) zu einer grausamen Beleidigung werden kann, scheinen mir folgende zu seyn.

Es müssen beide Theile zu der Gattung derjenigen Menschen gehören, welche man rechtliche Leute zu nennen pflegt. Leider gab es zu allen Zeiten, und vorzüglich jetzt, eine Menge herumschweifenden Gesindels, welches, von Verbrechen zu Verbrechen und von einer Unordnung zur andern getrieben, keiner Gemeinde, ja keinem Lande, besonders, sondern allen Ländern, als eine gemeinsame Pest, angehört. Auch dies Gesindel schließt

Verbindungen, die es Ehen nennt, und, so gewöhnlich es ist, daß dergleichen Vereinigungen eben so leicht zerrissen als geknüpft werden, so fällt es doch bisweilen denjenigen ein, welche noch nicht bis zur niedrigsten Stuffe der Verworfenheit hinunterstiegen, und die sich sicher halten, indem sie sich vor Gericht stellen, in keine Untersuchung zu verfallen, ihre Ehen auf eine gesetzliche Weise trennen zu lassen. Auch Umstände können Vagabunden zu einer solchen Förmlichkeit antreiben. So gestand, z. B., vor dem Tribunale zu Einbeck, dessen Präsident der Verfasser war, ein herumstreifender Ratzenfänger, welcher sich seiner bisherigen Genossinn vergeblich zu entledigen suchte, daß ihn die neue Freundinn ohne jene Scheidungs-Ceremonie nicht heirathen wolle.

Dergleichen Gesindel verdient es nicht geschieden zu werden. Wie schon wörtliche und thätliche Beleidigungen unter diesem ihren Character verlieren (als zu der von ihm gewählten Lebensart passend) so verliert ihn auch die Beleidigung, von welcher hier die Rede ist. Es folgt dieses aus der Natur der angenommenen Parteien und der mit fast völliger Gewißheit vorauszusetzenden Unmöglichkeit des Beweises des ersten Urhebers.

Sind hingegen die Parteien von derjenigen bürgerlichen Beschaffenheit, daß man sie unter die rechtlichen Leute zu zählen befugt ist, wobei, wie überall bei der Beurtheilung der Ehescheidungs-

Ursachen sehr vieles auf des Richters Ermessen ankommen wird, so kann allerdings die Mittheilung des venerischen Gifts zu einer grausamen Beleidigung werden.

Das Gegentheil annehmen wollen, würde unvernünftig seyn, und einen hohen Grad des Mangels moralischen Zartgefühls beurkunden. Welch eine schreckliche Vorstellung, ein unschuldiges Weib den verpesteten Umarmungen eines Mannes hinliefern wollen, ohne ihr das traurige Recht einzuräumen, sich seinen Vergiftungen entziehen zu dürfen! Ein Wort soll zu einer grausamen Beleidigung werden können, aber nicht eine Schandthat, welche einem langsamen, scheußlichen Verderben überliefert! Solch einen Unsinn kann das Gesetz nicht gewollt haben. Giebt es wohl eine größere Beleidigung, als die ist, welche darin besteht, jemand durch die Mittheilung einer scheußlichen Krankheit das Leben zu verpesten, und mit der Gesundheit des Leibes zugleich jene moralische Reinheit zu rauben, welche unmöglich in der Seele länger bestehen kann, deren Körper der Gegenstand einer ärztlichen Behandlung war, die in der Regel nothwendig wird, um eine Pest zu bekämpfen, die in ihren Wirkungen so fürchterlich ist, daß Luther sie, in seiner Chronik, für ein Zeichen der Annäherung des jüngsten Tages hielt.

Die Umstände, unter welchen jene Mittheilung Ursache der Scheidung werden kann, müssen so er-

wogen werden, wie dieses überhaupt bei der Untersuchung der Thatumstände nöthig ist, welche die Parteien zu Scheidungsgründen erheben wollen. Es scheint mir, als wenn, im vorliegenden Falle, diese nothwendige Beurtheilung in der Regel folgenden Gang nehmen könne.

Beklagt sich die Frau über erlittene Ansteckung, und leugnet der Mann die Ursache derselben zu seyn, so scheint es mir hinlänglich, wenn die Klägerinn

a) ihre eigene Gesundheit vor der Zeit, da sie die Ansteckung erlitten zu haben vorgiebt,
b) ihre unbescholtenen Sitten, und
c) den Umgang des Mannes mit verdächtigen Frauenzimmern, beweiset.

Die Vermuthung, welche aus der Klarmachung dieser Umstände erwächst, ist so dringend, daß sie unstreitig der Gewißheit hier, wo solche vollständig zu erhalten physisch unmöglich ist, gleich zu achten seyn wird. Noch tiefer forschen wollen würde unnöthiger Weise die Sitten beleidigen heißen; diesen Beweis aber für irrelevant erklären wollen, würde um so grausamer und inconsequenter seyn, da, wenn gleich der Ehebruch des Mannes nur dann zur Ehescheidungs-Ursache werden kann, wenn derselbe seine Beischläferinn im gemeinschaftlichen Hause [5]) hielt, doch nirgend ge-

5) Diesen so laut getadelten Unterschied, welcher in der römi-

sagt ist, daß nicht der ehebrecherische Umgang mit einem Frauenzimmer von Seiten des Mannes für die Ehefrau schon an sich zur grausamen Beleidigung (wie ich unter Umständen dafür halte) werden könne.

Bewies also die klagende Ehefrau jene drei Umstände, nebst der Krankheit, und begründete der Mann durch den Gegenbeweis nicht die Wahrscheinlichkeit, daß durch eigne schlechte Aufführung sich die Klägerinn ihr Uebel zugezogen habe, oder daß sie möglicher Weise von ihm nicht herrühren könne (indem er, z. B., seit der angegebenen Ansteckungs-Zeit abwesend war), so kann, nach meinem Dafürhalten, angenommen werden, daß die Krankheit der Frau von dem Manne mitgetheilt, und ihr dadurch eine grausame Beleidigung zugefügt sey. Stets wird aber der Beweis, daß der Mann mit verdächtigen Frauenzimmern Umgang gepflogen, strenge zu führen seyn, indem hierdurch wahrscheinlich wird, daß der Beklagte die Krankheit nicht auf eine unschuldige Weise erhalten, und daß er ihr Daseyn wirklich gekannt habe.

Ist hingegen der Mann Kläger, so wird es nothwendig seyn, daß er beweise:

a) daß die Beklagte während der Ehe mit der Krankheit behaftet gewesen, und

b) daß er sie ihr nicht mitgetheilt habe.

---

schen Legislation längst befindlich war, findet man auf das unwiderleglichste vertheidigt im esprit des loix, L. XXVI. c. 8.

Unendlich schwierig ist es gewiß, den letztern Umstand darzuthun, aber dennoch ist dies stets nothwendig. Da übrigens der Beweis eines im hohen Grade verdächtigen Umgangs der Frau mit fremden Mannspersonen, schon an sich hinlänglich ist, die Ehescheidung aus der Ursache des Ehebruchs zu bewirken, so erwähne ich dessen hier nicht.

Nach obigen Voraussetzungen glaube ich also die aufgestellte Frage dahin beantworten zu können: Daß, bei beiden Geschlechtern, die erlittene Ansteckung mit der Lustseuche zu einer grausamen Beleidigung und also Ehescheidungs-Ursache werden könne. Diese Meinung scheint auch die des französischen Cassations-Gerichtes zu seyn, da es nur unter Umständen die Mittheilung jener Krankheit für keine grausame Beleidigung erklärte. 6)

6) Erkenntniß des Cassations-Gerichts zu Paris, d. d. 16. Febr. 1808. (Recueil des causes celèbres par Maurice Mejan, T. II. p. 44.)

„Considérant que la demanderesse n'articuloit aucune circonstance qui donnât au fait dont elle se plaignoit, le caractère de sévices ou injures graves, et qu'ainsi la cour d'appel de Pau à pu la déclarer non récévable dans sa demande en séparation de corps, pour cause de communication du mal vénérien, sans contrevenir à la loi. . . . . . .

La cour rejette le pourvoi. . . .“

# XII.

## Requête civile.

---

**Muß das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (requête civile) binnen zwei oder binnen sechs Monaten eingelegt werden?**

---

Der Artikel 429 der Proceß-Ordnung lautet: „Das Gesuch um Restitution [1]) muß mit einer Vorladung binnen zwei Monaten in-

---

1) Wenn Hr. Seibenstiker in seiner, übrigens vortrefflichen, Einleitung zum C. N. S. 425 sagt: „Daß es in Frankreich keine Nullitäts-Querel giebt, welche von der Partei bei dem Gerichte der ersten Instanz, oder bei den Appellations-Höfen angebracht werden könnte; — daß vielmehr die kaiserlichen Procuratoren, bei den beiden letzten Behörden die Nichtigkeiten zu rügen haben; — daß wegen der Nullität kein eigentliches Rechtsmittel statt findet;" so möchten diese Bemerkungen einige Modificationen erleiden müssen, denn theils ist, unter den in Nro. 2 des 480sten Art. des Code de proc. fr. (Westph. Proc. Ord. Art. 425.) aufgeführten Umständen („Si les formes préscrites à peine de nullité ont été violées, soit avant, soit lors des jugemens, pourvu que la nullité n'ait pas été couverte par les parties"), die Requête civile eine wahre, bei dem Richter, welcher das nichtige Erkenntniß abgab, angestellte Nullitäts-Querel; theils hat das öffentliche Ministerium nicht das Recht, — wie jedoch aus der bemerkten Stelle, wahrscheinlich gegen die Absicht des Vrfs., nur zu folgen scheint —

sinuirt werden, und diese Frist, in Rücksicht eines Volljährigen, wird von dem Tage angerechnet, wo ihm in Person oder an seinem Wohnsitze das angegriffene Erkenntniß insinuirt wurde. Bei Contumacial-Erkenntnissen aber von dem Tage an, wo, zufolge des 109ten und 110ten

---

in solchen Sachen, bei welchen es nicht als Kläger (par voie d'action — als partie principale, sondern als partie jointe) auftritt, gegen ein abgegebenes Erkenntniß bei dem Tribunale erster Instanz oder dem Appellations-Hofe Vorstellungen zu machen, indem eine solche Befugniß (durch die requête civile) ihm nur in denen Sachen, in welchen es als Partei handelt, zusteht; sondern es muß die Erkenntnisse, die ihm der Cassation werth zu seyn scheinen, dem General-Procurator des Cassations-Gerichts denunciiren, der dann, wenn er sich von den Gründen des Denuncianten überzeugt, ex officio auf die Cassation des Erkenntnisses bei dem Cassations-Hofe anträgt. („Le procureur-général de la cour de cassation a le droit de dénoncer d'office à la cour, après le délai utile aux parties, les arrêts rendus incompétemment ou en contravention aux loix. Mais la cassation ne profite ni ne nuit aux parties; le premier arrêt leur tient toujours lieu de transaction.“ Praticien franç. T. I. p. 62.) Auch von der Regierung bekömmt der General-Procurator bei dem Cassations-Gerichte oft den Auftrag, auf die Cassation eines Erkenntnisses anzutragen, wogegen die Parteien dieses Rechtsmittel nicht zur Hand nahmen. In diesem Falle, wie in dem ersten, kann alsdann eine Cassation des denunciirten Erkenntnisses zum Vortheil des Gesetzes, nicht der Parteien, (au profit de la loi) statt haben.

Da in Westphalen bei dem Staatsrathe, als Cassations-Hofe, kein ministère public angestellt ist, so scheint es mir keinem Zweifel unterworfen zu seyn, daß in diesem Königreiche die Denunciation an den Justizminister gerichtet werden müsse.

Art. im 7ten Titel des 1sten Buchs, die Opposition nicht mehr zulässig ist.“ 2)

Der 439ste Art. der Proceß-Ord. (im Projecte der 438ste) aber schreibt vor:

„Wenn das Restitutions-Gesuch innerhalb sechs Monaten, vom Tage des angefochtenen Erkenntnisses an gerechnet, eingelegt wird, so wird dasselbe an dem Wohnsitze des Anwalts, der es ausgebracht hat, insinuirt, und die demselben vorher ertheilte Vollmacht, ohne Erneuerung, als fortdauernd betrachtet; nach dieser Frist muß die Insinuation an dem Wohnsitze der Partei geschehen.“ 3)

Man hat in diesen beiden Artikeln eine Antinomie zu finden vermeint, welche nur durch ei-

2) Im Code de procéd. franç. lautet der 483ste Art., welcher mit dem gegenwärtigen correspondirt, und wörtlich mit dem 429sten Art. des provisorischen k. Decrets (außer den drei Monaten, welche in zwei verwandelt sind) übereinstimmt:

„La requête civile sera signifiée avec assignation, dans les trois mois, à l'égard des majeurs, du jour de la signification à personne ou domicile, du jugement attaqué.“

3) Der Art. 492. des Code de procéd. franç., welcher mit gegenwärtigem correspondirt, lautet: „La requête civile sera formée par assignation au domicile de l'avoué de la partie qui a obtenu le jugement attaqué, si elle est formée dans les six mois de la date du jugement: après ce délai l'assignation sera donnée au domicile de la partie,“ und stimmt also, dem Sinne nach, gänzlich mit unserer Legislation überein.

nen bedeutenden Aufwand von Hermeneutik allenfalls, und doch unsicher, gehoben werden könnte. Man hat mit Dank der Bemühungen gedacht, diesen Gordischen Knoten, dessen Auflösung die französischen Processualisten nicht einmahl versucht hätten, zu lösen. [4]) Indem der Verfasser gegen=

---

4) S. Herrn Rosenthals (Tribunals=Präsidenten zu Verden Anhang zu dem Handbuche der neuen bürgerlichen Proceß=Ordnung des Königreichs Westphalen. (Quedlinb. 1810.) S. 351. ff. „Muß das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vori„gen Stand, binnen zwei, oder sechs Monaten eingelegt „werden? Der 439ste Art. schreibt ausdrücklich eine zwei„monatliche Frist vor; der Art. 438. aber läßt eben so be„stimmt sechs Monate zu, und gestattet sogar, das Gesuch „um Restitution noch später der Partei selbst zu insinuiren. „Die franz. Schriftsteller verlassen uns hier gänzlich. Denn „Lepage S. 369. § 1. ad. art. 483. der französischen Pr. „Ord. nimmt ohne Unterschied die in der französischen Pr. Ord. „bestimmte dreimonatliche Frist an; gleichwohl gestattet er „S. 373. § 2. ad art. 492. eine sechsmonatliche Frist, ohne „dieses Widerspruchs zu erwähnen. Eben dieses hat Pigeau „Theil I. S. 622. Nro. XI., in Verbindung mit S. 612. „Nro. VII. behauptet. Der Herr Trib. R. Oesterley hat „sich in seiner practischen Erl. Theil II. 1ste Abthl. S. 35., „über jene Antinomie gar nicht erklärt. Offenherzig bekenne „ich, daß die von mir in meinem ersten Bande S. 262. in „der Anm. versuchte Erklärung nicht genügen kann, da beide „Art. von der Insinuation des Gesuchs um Restitution re„den, und nun ungewiß bleibt, wie viel Zeit die Nothfrist „enthalten soll. Indeß ist es, wie ich glaube, meinem geehr„ten Collegen, dem Herrn Trib. R * * * geglückt, beide „Art. hinlänglich zu vereinigen. Ein gelegentliches Gespräch „über die Antinomie beider Art. und das Stillschweigen al„ler Schriftsteller über diesen Gegenstand, hat denselben „veranlaßt, mir folgende Gedanken darüber mitzutheilen, „die ich der Prüfung mit Recht empfehlen kann.“

wärtiger Sammlung so großem, auf die Erklärung einer einzigen schwierigscheinenden Stelle verwendeten, Aufwande von Anstrengung volle Gerechtigkeit wiederfahren läßt, und darin nur die Absicht, das Gesetz, in allen seinen Theilen, hell leuchten zu sehen, dankbar erkennt: muß er doch gestehen, daß er, für dieses Mahl, in den zu erklärenden Gesetzstellen, weder Auslegungs-Schwierigkeiten zu finden, noch Antinomien zu entdecken vermöcht hat; daher es ihm denn auch natürlich scheint, daß uns die Mehrheit der französischen processualischen Schriftsteller hier gänzlich ver-

---

„ „Man darf den Art. 438 nicht allein in Beziehung auf
„ „den 429sten Art. lesen; sonst ist der Inhalt beider frei-
„ „lich nicht zusammen zu reimen; denn in diesem ist die
„ „Einlegungsfrist des Rechtsmittels der Restitution offen-
„ „bar auf zwei Monate beschränkt, und man begreift
„ „nicht, was die sechsmonatliche Frist im Art. 438. bedeu-
„ „ten soll. Erwägt man dagegen aber, daß in den gewis-
„ „sen, in den Art. 430 — 434 bestimmten Fällen die Ein-
„ „legungsfrist sehr viel länger dauert, oder doch dauern
„ „kann; so wird jede Schwierigkeit gehoben, wenn man die
„ „Verfügung des 438sten Art. nur auf diese besondern Fälle
„ „beziehet. Nach Art. 431. dauert ja in dem darin vor-
„ „ausgesetzten Falle die Frist sogar 14 Monate; also hier
„ „kann die Bestimmung in Hinsicht der Insinuation an
„ „den Anwalt, oder an die Partei selbst, je nachdem erst
„ „6 Monate, oder noch längere Zeit verstrichen ist, sehr
„ „gut ihre Anwendung leiden.“ “

„Meiner Meinung nach bleibt nur diese Erklärung übrig, „um den so sehr anscheinenden Widerspruch zwischen beiden „Art. heben zu können, und dieses Verdienst gebührt mei- „nem genannten Herrn Collegen.“

läßt; [5]) wie er denn auch selbst jene Artikel in seinen Anmerkungen zur Proceß-Ordnung unerläutert gelassen hat.

Die Messungen in der Zeit haben das mit denen im Raume gemeinschaftlich, daß, um zu erfahren, wie weit ein gegebenes Maas hinausreiche, man nothwendig vorher erst ausmachen [6]) muß, von welchem Puncte die Messung anzufangen sey. Wollte man also eine Vergleichung der in den Art. 429 und 439. enthaltenen Fristen von resp. zwei und sechs Monaten anstellen; so war es durchaus erforderlich, die ersten Untersuchungen dahin zu richten:

von welchem Zeitpuncte die zweimonatliche und von welchem die sechsmonatliche Frist anzurechnen sey.

---

5) Ich sage mit Fleiß die Mehrheit, denn Delaporte, im commentaire sur le code de procédure civile, (T. II. S. 67. ad art. 496.) hat die Sache so deutlich und umständlich auseinander gesetzt, daß es unmöglich ist, daß dem Leser der geringste Zweifel übrig bleibt. — Der Art. 6. des Tit. XXXV. der Ordonnance von 1667. enthielt übrigens eine ähnliche Vorschrift, daher auch die Commentatoren über dieses Gesetz, besonders Jousse, nachzusehen waren.

6) Um zu wissen, bis zu welchem Puncte tausend Schritte von der Stadt, die wir zu gehen verpflichtet sind, hinreichen, müssen wir erst wissen: ob wir vom Thore, oder vom Meilenzeiger in der Stadt zu zählen anfangen; und finden die Auflösung des Problems im L. 154. D. de Verbor. signific. „Mille passus non a millario urbis, sed a continentibus aedificiis numerandi sunt.“ Eben so mit den Messungen in der Zeit.

Diese vorläufige Ergründung mußte natürlich die Basis der ganzen Untersuchung seyn. Fand sich nun, als Resultat dieser vorgängigen Untersuchung, daß der terminus a quo in beiden Artikeln derselbe sey, so war es gewiß, daß der Ablaufs-Termin einer Frist von sechs Monaten vier Monate weiter hinaus eintreffe, als der von zwei Monaten, und eine, wenigstens anscheinende, Antinomie und Gelegenheit den Scharfsinn zu üben, waren vorhanden.

Jetzt wollen wir diese vorläufige Prüfung anstellen.

Von welchem Zeitpuncte nimmt die Frist von zwei Monaten ihren Anfang, binnen welcher das Gesuch um Restitution mit einer Vorladung insinuirt werden muß? —

Der Art. 429. enthält die Antwort:

„Diese Frist wird, in Rücksicht eines Volljährigen, von dem Tage angerechnet, wo ihm in Person, oder an seinem Wohnorte, das angegriffene Erkenntniß insinuirt wurde."

Von welchem Zeitpuncte aber nehmen die sechs Monate ihren Anfang, innerhalb welcher das Restitutions-Gesuch an dem Wohnsitze des Anwaltes, der das Urtheil ausbrachte, insinuirt werden kann, und die demselben vorher ertheilte Vollmacht, ohne Erneuerung, als fortdauernd betrachtet wird?

Der Art. 439. enthält die Antwort:

„Es werden diese sechs Monate von dem Tage des angefochtenen Erkenntnisses angerechnet.“

Nun folgt natürlich die Untersuchung:

Sind diese beiden Termine, von welchen der Anfang der Frist zu rechnen ist, verschieden, oder fallen sie stets auf einen Tag? Im letzten Fall würde die Schwierigkeit noch dieselbe seyn.

Sie sind sehr verschieden, wird jeder, der unsern und den französischen Proceß kennt, antworten: denn Jahre lang, nach dem Tage der Abgabe des Erkenntnisses, kann dasselbe erst insinuirt werden. Diesen so oft eintretenden Fall hatte das Gesetz im Art. 439. vor Augen.

Wäre es nicht zu Zeit raubend, für das Publicum und den Verfasser, so könnte er leicht, auf eine ähnliche als die gegenwärtige Weise, die meisten der Schwierigkeiten lösen, welche mehrere unserer Processualisten in dem neuen Gesetze finden. 7)

7) Uebrigens bemerke ich hier mit Vergnügen, daß der Hr. Präs. Rosenthal in dem zweiten Theile seines Handbuchs, die in den kritischen Blättern bemerkten Unvollkommenheiten des ersten größtentheils vermieden, durch Ergänzungen verbessert, und so dies Buch weit brauchbarer gemacht hat. Einzelne Unrichtigkeiten sind stets zu entschuldigen; oft geben sie sogar Gelegenheit zu einer klärern Entwicklung einer, von mehrern unrichtig ausgelegten, Stelle des Gesetzes. Die bedeutendsten Mängel des gedachten Werks finden sich noch in der Lehre von der Cassation, woselbst das Recurs- und Cassations-Verfahren gänzlich verwechselt sind.

# XIII.

## Domicil der Ehefrau.

---

Kann der Ehemann seine Frau durch körperlichen Zwang zu ihrer Verpflichtung bei ihm zu wohnen anhalten lassen?

---

Der 214te Artikel des Gesetzbuchs Napoleons lautet:

„Die Frau ist verbunden bei dem Manne zu wohnen, und ihm allenthalben hin zu folgen, wo er sich aufzuhalten für gut findet; der Mann ist schuldig sie aufzunehmen, und ihr Alles, was zum Lebensunterhalte erforderlich ist, nach seinem Vermögen und Stande, zu entrichten.“ 1)

Es war dieser Artikel das Resultat folgender Verhandlung im Staatsrathe.

Der Artikel lautete im Projecte eben so wie er jetzt abgefaßt ist, jedoch hatte er den Zusatz:

„Wenn der Mann den Boden der Republik

---

1) Procès-verbaux du conseil d'état, T. I. p. 287. Locré, esprit du C. N. T. II. p. 340. seq. Maleville, analyse. T. I. p. 226.

verlassen wollte, so kann er die Frau nicht zwingen, ihm zu folgen; es sey denn, daß er von der Regierung einen Auftrag erhalten hätte, welcher seinen Aufenthalt in einem fremden Lande erfordert."

Auf die Bemerkung des ersten Consuls: daß die Verbindlichkeit der Frau gar keine Einschränkung leiden dürfe, daß die Frau verpflichtet sey, dem Manne stets zu folgen, wenn er es fordert; wurde der Zusatz unterdrückt.

Hierauf „fragte der B. Real: Auf welche Art man die Frau zu zwingen gedächte, wenn sie nicht einwilligen wollte?

Der B. Regnaud (von St. Jean d'Angely) antwortete, daß der Mann sie auffordern würde (fera une sommation), ihm zu folgen, wie es der Gerichtsgebrauch mit sich brächte, und daß, wenn die Frau dabei verharrete, nicht zu ihm kommen zu wollen, man annehmen müsse, daß sie ihn böslich verlassen habe.

Der B. Real sagte, daß dessen ungeachtet ein Erkenntniß nothwendig sey; wie man es beginnen wolle, solches zu vollstrecken.

Der erste Consul erwiederte, daß der Mann aufhören wird, der Frau Alimente zu geben.

Der B. Trochet bemerkte, daß diese Verhandlung ein Vorgreifen in die Lehre von der Ehescheidung sey. Die Gerichtshöfe hätten bemerkt, daß die bösliche Verlassung zu einer Ehe-

scheidungs-Ursache machen, hieße, die Ursache der Unverträglichkeit wieder herstellen.

Der B. Boulay äußerte, daß alle diese Schwierigkeiten den Sitten und Umständen überlassen werden müßten."

Nun wurde, wie bereits angeführt, die Unterdrückung des Zusatzes beschlossen, und nichts darüber bestimmt, auf welche Weise der fragliche Artikel zur Vollziehung gebracht werden sollte.

Es blieb also die Frage zu beantworten übrig:

Welche Mittel erlaubt das Gesetz, um eine widerspenstige Frau anzuhalten, bei ihrem Manne zu wohnen?

Es liegt die Verpflichtung, welche die Ehegatten haben bei einander zu wohnen, in der Natur der Sache. [2]) Ohne sie würde jede Ehe ihren Zweck verfehlen: daher auch die bürgerlichen Gesetze den Ehegatten dieses Beisammenwohnen stets zur Pflicht machten, und einseitige Trennungen nicht erlaubten. [3]) Das Entweichen des einen Gatten von dem andern, sahen aber die Gesetze als ein spolium an, und ahndeten es als ein solches. [4]) Auch Napoleons Gesetzbuch drückt jene

---

2) § 1. Inst. de Patr. pot. Kant's Metaphysik der Sitten, 1 Thl. Rechtslehre. S. 110.

3) c. 6. X. de divortiis. Tob. Jac. Reinhard de conjuge bona gratia divertente.

4) c. 8. 10. 13. X. de restit. spol.

Pflicht aus; aber das Gesetz enthält keine Sanction. Annehmen wollen, daß nun auch der Richter sein auf das Gesetz begründetes Geboth durch keinen angedrohten Nachtheil unterstützen dürfe, würde heißen, dem Gesetze jeden Effect rauben, und es dem Hohngelächter jedes Contravenienten aussetzen. Und doch gab es Gerichte, welche diese Meinung adoptirten; [5]) vermuthlich dafür achtend, daß, wo das Gesetz schwiege, auch sie nicht reden dürften, jedoch nicht erwägend, daß, wenn auch das bürgerliche Gesetz bisweilen schweigt, das Gesetz in uns, welches lange vor jenem da war, [6]) auf jede Frage antwortet, und daß es dieses Orakel ist, welches der Richter zu befragen die Pflicht hat, wenn der Staat ihm keine bestimmte Normen vorschrieb. That der Richter dies nicht, so macht er sich des Verbrechens der verweigerten Justiz schuldig. [7])

Mittel muß es also geben, um eine Frau, welche ihre Pflicht so sehr vergißt, daß sie sich,

---

5) Urtheil des Tribunals zu Paris vom 29. Thermid. XII. Jurisprud. du Code civ. T. IV. p. 396.

6) „Erat enim ratio profecta a rerum natura, et ad recte faciendum impellens, et a delicto avocans: quae non tum denique incipit lex esse, cum scripta est, sed tum cum orta est, orta autem simul est cum mente divino.“ Cicero de legib. II. 5. (Edit. Ernest. Vol. 4. pars 2. p. 769.)

7) Art. 4. C. N.

ohne um Ehescheidung nachzusuchen, weigert bei ihrem Manne zu wohnen, zu ihrer Pflicht anzuhalten. Welches sind aber diese Mittel? [8])

Wie es stets der Weisheit angemessen ist, jedes verlangte Resultat durch den mindesten Aufwand von Kräften hervorzubringen (denn das Uebermaaß würde zum wenigsten unnütz angewendet seyn): so ist es, auch im vorliegenden Falle, des Richters Pflicht, mit den gelindesten Mitteln den Anfang zu machen. Diese finden wir in der Aeußerung des ersten Consuls: es wird der Mann autorisirt, der widerspenstigen Frau keine Alimente zu reichen; und hat sie eigenes Vermögen, dessen Verwaltung ihr überlassen ist, dessen Ertrag einer Sequestration zu unterwerfen. Vielleicht, daß dieses Mittel, sie zu ihrer Pflicht zurückführt. [9])

---

8) Nach dem Naturrechte ist das Recht des einen Ehegatten, den andern, gleich einer Sache, zu vindiciren, wechselseitig, und auch das bürgerliche Recht sanctionirt, unter Modificationen, dieses Recht. Kant's Metaphysik der Sitten, 1 Thl., Rechtslehre, S. 108:

„Daß das persönliche Recht (des einen Gatten auf den andern) es auch auf eine dingliche Art sey, gründet sich darauf, weil, wenn eins der Eheleute sich verlaufen, oder sich in eines andern Besitz gegeben hat, das andere es jeder Zeit, und unweigerlich, gleich einer Sache, in seine Gewalt zurückzubringen, berechtigt ist."

Vergl. J. A. Bergk's Briefe über J. Kant's metaph. Anfangsgründe der Rechtslehre, (Leipz. u. Gera 1797. 8.) S. 121. f. f.

9) Erkenntn. des App. Hofes zu Paris, d. d. 22. Prair. XIII:

Diese Jurisprudenz liegt in der Natur der Angelegenheit, und ist auch die der französischen Appellationshöfe.

Hilft dieser erste Grad des Zwanges nicht; findet die Frau Mittel, sich, ohne den Beistand ihres Mannes, zu ernähren; soll alsdann dieser ohne alle Hülfe bleiben, soll das Gesetz vergeblich für ihn geschrieben seyn? — Es hat Rechtsgelehrte gegeben, welche behaupten zu dürfen glaubten, daß an einen persönlichen Zwang nicht zu denken sey. [10]) Ich theile diese Meinung nicht, und achte vielmehr dafür: daß jedes gebiethende Gesetz, vorzüglich, wenn es, wie hier, eine Aufrechthaltung der Sitten zum Gegenstande hat, und, in sofern, policeilicher Natur ist, zu gleicher

„Faisant droit sur l'appel, dit qu'il a été mal jugé; émendant, ordonne que dans un mois, à compter de la signification du présent arrêt, la femme P. sera tenue de venir habiter avec son mari, dans l'appartement qu'il occupe, rue . . . , ou dans tout autre qu'il plaira prendre par la suite; si non et faute de ce faire, le délai passé, en vertu du présent arrêt, et sans qu'il en soit besoin d'un autre, autorise P. à faire saisir les revenus de son épouse, pour iceux être versées et déposées entre les mains de Boulard, notaire à Paris, que la cour nomme sequestre à cet effet . . . . . . . . et sauf contre la Dame P., s'il y a lieu, tous moyens de contrainte ultérieurs."

Jurispr. du C. N. T. IV. p. 399. T. VIII. p. 108. 115. T. X. p. 397.

10) Jurisprud. l. l. c. c. Spangenberg's Commentar, Thl. 1. S. 267.

Zeit, da es gebiethet, auch die Mittel zu gebrauchen erlaube, sein Geboth zur Wirklichkeit zu bringen. Das Gegentheil annehmen wollen, hieße behaupten: daß der Gesetzgeber Gesetze ertheile, damit sie verspottet würden.

Was bleibt aber übrig, als durch körperlichen Zwang die Frau, in dem gegebenen Falle, zu ihrer Pflicht anzuhalten? Dieses Mittel muß also angewendet werden. Zwar gestehe ich, daß diese Anwendung tausend Schwierigkeiten unterworfen seyn kann; — denn wie lange soll, z. B., die häusliche Verhaftung fortgesetzt werden? — ich gestehe auch, daß sie zu scandalösen Auftritten Veranlassung geben kann: aber blieb ein anderes Mittel übrig? — Ich finde keins.

Nach meiner Meinung muß dies letzte Mittel, der körperliche Zwang, und also gewissermaßen eine Verhaftung, angewendet werden, wenn gleich weder der 2060ste Art. des Gesetzbuchs, noch der 82ste Art. der Pr. Ord., den gegenwärtigen Fall mit unter die Ursachen der Verhaftung ausdrücklich rechnen, und wenn gleich diese Ursachen die einzigen seyn sollen: denn, nicht zu gedenken, daß hier von einer Art der Wiedereinsetzung in den Besitz (Réintégrande) die Rede ist; so kann man auch gewiß mit Recht anführen, daß hier, wie schon bemerkt, das Gesetz die Beobachtung und Handhabung der öffentlichen Sitten zum Gegenstande habe, und daß in solchen Fällen unbedenklich der

Civil-Richter sich gewissermaßen correctioneller Hülfsmittel bedienen dürfe. Welchen Mißbräuchen würde eine entgegengesetzte Jurisprudenz die Thür öffnen: die widerspenstige Ehefrau brauchte nur einen freigebigen Buhlen zu finden, um des eigenen Vermögens und der Unterstützung des Mannes nicht zu bedürfen, und fern von ihm und den Kindern, zum öffentlichen Scandal, sich der Ueppigkeit ergeben zu können. Da in ähnlichen Fällen oft Gefahr beim Verzuge seyn kann, so leidet es keinen Zweifel, daß selbst in einer audience aux référés der Präsident provisorisch verordnen kann, daß die Frau durch körperlichen Zwang in das Haus des Mannes zurückgeführt werde; denn wie sollte es sonst verhindert werden können, wenn sie sich, z. B., anschickte, mit ihrem Buhlen das Land zu verlassen?

Obige Grundsätze hatte der Verfasser vor Augen, als er, im Jahre 1809, zu Einbeck, die Verhaftung einer jungen Ehefrau, in einer Audienz aux référés erkannte, da jene, aller gütlichen Vorstellung ungeachtet, zu ihrem Manne, einem wohlhabenden Fabrikanten, nicht zurückkehren wollte, ohne auch nur einen Grund, als den, daß sie ihn nicht leiden könne, anzuführen. Ein Huissier bekam den Auftrag, sie, in Gesellschaft ihres Ehemannes, in einer Kutsche nach dessen Wohnorte zu führen. Dieser mäßige Zwang that gute Dienste, und die Eheleute versöhnten sich wieder.

Eben diese Jurisprudenz beobachtete der Präsident des Civil-Tribunals zu Paris, in einem ganz ähnlichen Falle, ebenmäßig in einer audience aux référés, und sein Verfahren wurde im Appellatorio gebilligt. [11])

---

11) Erkenntn. des Appell. Hofes zu Paris vom 29sten Maj 1808. Jurisprud. sur la procédure, T. II, p. 187.

Uebrigens versteht es sich, daß von dem Richter in dem vorliegenden Falle nicht anders auf die Verhaftung der Frau erkannt werden kann, als wenn der klagende Mann darauf antrug. „La contrainte par corps, dans le cas même ou elle est admise par la loi, ne peut être prononcée d'office par le juge.“ Nouveau Ferrière par Delaporte, p. 179.

# XIV.

## Originaltext und Uebersetzung der Gesetze. — Compensation der Proceß-Kosten.

Ist der französische oder der deutsche Text der königlichen Decrete und der Gesetze das Original?

Ist bei einer Abweichung der officiellen Uebersetzung des Gesetzbuchs Napoleons, (in sofern jene nicht durch die Staatsverfassung oder ein Gesetz motivirt ist) dem Original oder der Uebersetzung in Westphalen der Vorzug zu geben?

Muß, nach dem 87sten Art. der Proceß-Ordnung, eine gegenseitige Aufhebung der Proceß-Kosten zwischen den dort benannten nahen Verwandten statt haben; oder hängt die Entscheidung hierüber von dem Ermessen des Richters ab?

Die Gesetze und die dem Gesetzbülletin einverleibten königlichen Decrete werden in französischer und deutscher Sprache bekannt gemacht. Kein äußeres Zeichen giebt zu erkennen, welcher von beiden Texten als Original, und welcher als Uebersetzung anzusehen sey, und bis jetzt

hat die Regierung nie erklärt, [1]) welcher, im Fall einer Verschiedenheit, den Vorzug haben solle, was auch, da man doch officiell das Daseyn von Abweichungen in zwei zugleich promulgirten Texten nicht wohl annehmen konnte, nicht leicht zu erwarten stand. Was aber nicht erwartet werden konnte, existirt leider nur zu oft, indem beide

---

1) Nach der Abfassung dieses Aufsatzes ist eine solche Erklärung dennoch gewissermaßen dadurch ertheilt, daß im 15ten Stück des westphälischen Moniteurs von 1811. Folgendes abgedruckt ist:

„Extrait d'une lettre du ministre de la justice datée du 12. Janvier 1811.

En réponse, Monsieur le procureur du Roi, à votre lettre du 2. de ce mois, je vous invite à observer au tribunal, près lequel S. M. vous a placé, que les loix et décrets ne sont point rendus en langue allemande, mais en langue française; que conséquemment le texte français est le seul officiel et le texte allemand une simple traduction officielle; et qu'en cas de différences, d'obscurités, ou de contestation c'est toujours le français, qui fait la loi.

Recevez etc.

Pour extrait conforme.

Le secrétaire-général du ministre de la justice.

Signé Berault."

Nach der Bekanntmachung dieses Schreibens würde ich die Mittheilung dieser wenigen Bemerkungen unterlassen haben, wenn nicht noch jetzt von Zeit zu Zeit vor dem hiesigen Appellations-Hofe Streit über die richtige Anwendung des 87sten Art. der Proc. Ord. entstände. — Es war dieser Art. in dem Projecte der Proc. Ord., welches der reichständischen Commission mitgetheilt wurde, nicht befindlich. Diese bewirkte die Aufnahme desselben aus dem 131sten Art. des Code de procéd. franç.

Texte nicht selten einen ganz verschiedenen Sinn darbiethen. — Welcher Text muß in solchen Fällen den Vorzug haben? oder, mit andern Worten, welcher ist das Original?

Um diese Ehre dem deutschen Texte zuzuwenden, hat man folgende Gründe angeführt, die auch zum Theil vor dem Appellations-Hofe, in der nachher zu erwähnenden Sache, die zwischen Brüdern statt hatte, vorgebracht wurden.

Westphalen sey ein deutscher Staat, die deutsche Sprache sey in solchem lediglich die Sprache des Volks. Von den ältesten Zeiten her hätten die Regierungen, in den Provinzen, woraus dies Reich zusammengesetzt, sich der deutschen Sprache bedient, wenn sie zu den Staatsbürgern redeten. Es sey im hohen Grade unwahrscheinlich, daß, zu einer Zeit, wo man so viel von der Unzweckmäßigkeit eines lateinischen Gesetzbuches geredet habe, (welches, da nur das eigentliche Civil-Recht in demselben enthalten gewesen, doch nur hauptsächlich zum Gebrauche des Rechtsgelehrten gedient hätte), man nun gar Policei-Gesetze, die der geringste Bürger ganz verstehen müsse, in der Ursprache französisch (einer Sprache, die ihm eben so fremd als die lateinische sey) promulgiren wolle; auch würden bekanntlich die Gesetze von den Rednern der Regierung, bei deren Ueberbringung zur Sanction an die Reichsstände, diesen nie französisch, sondern deutsch vorgelegt, so wie auch die

Verbesserungs-Vorschläge der reichsständischen Commissionen nicht in französischer, sondern in deutscher Sprache abgefaßt würden. — Diese Gründe scheinen vieles für sich zu haben, doch möchten die folgenden überwiegend seyn.

Schon eine Vergleichung beider Texte führt leicht zu der Wahrnehmung, daß der französische Text die Urschrift, und daß nach diesem der deutsche, als Uebersetzung bearbeitet sey. Der erste ist nicht nur durchgängig in einer ungleich schönern, ein Original characterisirenden, Sprache abgefaßt, sondern nicht selten sieht man, daß er von dem Uebersetzer nicht völlig verstanden ward. 2) Oefter sind, in solchen Fällen, in spätern Abdrücken des Gesetzbülletins, die eingeschlichenen Uebersetzungsfehler abgeändert, ohne daß der französische Text ebenfalls eine Veränderung erlitten hätte. 3)

---

2) Es wäre vielleicht nicht unzweckmäßig, wenn ein Sach- und Sprachkenner ein Verzeichniß der in der officiellen Uebersetzung des Gesetzbülletins enthaltenen Uebersetzungsfehler, zur Warnung des Publicums, bekannt machte. Dies Verzeichniß würde nicht klein werden. —

3) Oefter ist auch schon von dem Finanz-Ministerium bekannt gemacht, daß in der officiellen Uebersetzung irgend eines k. Decrets ein Fehler enthalten, und daß nur das Original zu befolgen sey. S. z. B. Supplement des westph. Moniteurs 1811. Nro. 24. (vom 24. März) wo ein Uebersetzungs-Fehler im 19ten Art. des k. Dec. vom 12ten Jan. 1811., die Personen-Steuer betreffend, gerügt, und ausdrücklich bestimmt ist, daß nur allein der französische Text bei der Besteurung zum Grunde zu legen sey.

Die Vermuthung, welche aus solchen Wahrnehmungen folgt, (indem doch unmöglich mit dem Original-Texte mit so wenigen Umständen Veränderungen vorgenommen werden konnten) wird zur Gewißheit, wenn man den bei der Entwerfung der königlichen Decrete und der Gesetze gewöhnlichen Gang in Betrachtung zieht. Das erste Project des Gesetzes oder Decrets wird von einem der Minister oder Staatsräthe französisch entworfen. Französisch wird über dieses erste Project von der competenten Section des Staatsraths berathschlagt. Französisch ist diejenige Redaction, welche dem gesammten Staatsrathe zur Discussion vorgelegt wird. In dieser bedient man sich ausschließlich dieser Sprache. Auch die definitive Redaction ist französisch. Ist von einem Gesetze die Rede, so wird freilich der Entwurf desselben der competenten Commission der Reichsstände in beiden Sprachen mitgetheilt. Stets sahen aber diese Commissionen den französischen Text als das Original an, und richteten ihre Bemerkungen [4]) gegen diesen. Uebersetzungs-

---

4) Diese Bemerkungen der reichsständischen Commission werden in deutscher Sprache abgefaßt, und von dem Präsidenten der Commission an das General-Secretariat des Staatsraths gesandt, welches darüber eine Bescheinigung ausstellt. Nach dem 24sten Art. der Constitution werden jene Bemerkungen im versammelten, vom Könige präsidirten Staatsrathe verlesen, und es wird, wenn es nöthig gefun-

fehler wurden stets als solche angesehen, gerügt und mit wenigen Umständen verbessert. Freilich hat die definitive Vorlegung an die Versammlung

---

den, über die Modificationen, deren die Gesetzentwürfe für empfänglich gehalten werden, berathschlagt. Das Resultat dieser Berathschlagung sind die „amendemens" des Gesetz-Entwurfes (so wie man von solchen ein Beispiel Thl. II. S. 19. meiner Formulare z. Pr. Ord. findet). Diese „amendemens" werden den gesammten Ständen vor der Deliberation, welche durch das geheime Scrutinium statt hat, (Constitution Art. 33.) mitgetheilt, wenn die Zeit zu kurz war, sie in den definitiven Gesetz-Entwurf selbst aufzunehmen und diesen also neu zu drucken, welcher, in diesem Falle, auf gleiche Art mitgetheilt wird. Bei kleinern Gesetz-Entwürfen geschieht stets dies letztere. — Es folgt aus dieser Erzählung des Herganges, den der Verf., da er selbst Präsident der reichsständischen Civil-Justiz-Commission war, und als solcher die von der Commission überreichten „amendemens" redigirt hat, gewiß zu attestiren berechtigt ist, daß es in einem Irrthume beruhet, wenn in den Göttingenschen gelehrten Anzeigen (1811. 36. Stück), bei Gelegenheit einer Recension von dem Kulencamp'schen Executions-Verfahren, gesagt ist:

„Gern wollen wir glauben, daß der Verfasser nur die „amendemens vor Augen hatte; allein er spricht ja S. 45. „Note c. bereits von einer Stelle, welche bei der reichsstän„dischen Discussion weggestrichen ist, und wie konnte er die„ses wissen, ohne das Gesetz selbst gesehen zu haben, da die „amendemens des Staatsraths, und das Resultat „der reichsständischen Discussion, zwei ganz „verschiedene Dinge sind."

Dies letzte ist nicht der Fall: die amendemens sind vielmehr das Resultat der Discussion der competenten Section des Staatsraths mit der ständischen Commission, wie auch der nachherigen Deliberation im Staatsrathe, unter dem Vorsitze des Königs. Die Deliberation der gesammten Stände durch

der Stände in deutscher Sprache statt; doch nur in sofern, daß die H. H. Staatsräthe, welche von der Regierung den Auftrag erhalten, das Gesetz der Versammlung der Stände zur Annahme zu überbringen, und dessen Beweggründe zu entwickeln, es nur in deutscher Sprache vorlesen und sich in ihren Reden solcher bedienen. Da jedoch der Gesetz-Entwurf bereits vorher jedem einzelnen Mitgliede in beiden Sprachen mitgetheilt ist: so kann sich niemand beschweren, nicht auch den Urtext gekannt, und, bei seiner Stimmabgabe, nicht darauf Rücksicht zu nehmen vermocht zu haben.

Kein Zweifel also: die Urschrift der k. Decrete und der Gesetze ist der französische Text, und der deutsche die Uebersetzung; daher denn auch, bei einer zwischen beiden obwaltenden Verschiedenheit, der erste stets den Vorzug behaupten muß.

Eben dieses scheint mir auch der Fall zu seyn, wenn die officielle Uebersetzung des Gesetzbuchs Napoleons irgendwo mit dem Grundtexte nicht übereinstimmen sollte, und eine geflissentliche Abweichung, welche nur durch die Verfassung

---

das Scrutinium kann, da sie sich durch Ballotiren äußert, nachdem die Redner der Regierung und der ständischen Commission gehöret waren, nur die Annahme oder Nichtannahme des Gesetzes, nie aber amendemens zum Erfolg haben. Es schien mir nicht unwichtig, diesen Punct unseres Staatsrechts in sein gehöriges Licht zu setzen.

des Staats oder bestimmte Gesetze begründet werden konnte, nicht ersichtlich wäre. Die Grundverfassungs-Urkunde gab dem Königreiche Westphalen zum bürgerlichen Gesetzbuche den Coder Napoleons, und nicht die Uebersetzung. Der 33ste Art. jenes Grundgesetzes schrieb auch bestimmt den einzigen Weg vor, auf welchem man zu einer Abänderung des Gesetzbuches gelangen könne. Diesen Weg hat des Königs Majestät stets eingeschlagen, wenn eine Abänderung des C. N. wünschenswerth erschien. [5]) Hiermit völlig in Uebereinstimmung, schreibt auch das k. Decret vom 21sten Septemb. 1808. lediglich vor:

---

5) Gesetz vom 6ten Aug. 1808., wodurch der Art. 162. C. N. abgeändert wurde. Bei dieser Gelegenheit sagte der Redner der Regierung, der Staatsrath Hr. Graf von Meerveldt: „So gefährlich es auch seyn mag, an dem so vollkommenen Gebäude unserer Gesetzgebung zu ändern, so liegt doch dazu in diesem Falle in unsern besondern Verhältnissen der zureichendste Grund. . . . . . Der König will daher von dem theuren Rechte, welches ihm die Verfassung des Reichs verleihet, Gebrauch machen, nämlich mit ihrer Zustimmung, m. H., die nöthigen Abänderungen dieses Artikels in unserer Civil-Gesetzgebung vorzunehmen. u. s. w." Moniteur v. 1808. Nro. 97. Samml. v. Gesetzen zur Ergänz. d. C. N. (Hannover 1811.) S. 445.

Eben dieser Gang wurde bei der Erlassung des Gesetzes v. 15. Febr. 1810., die Beweiskraft der Abschriften von Schuldverschreibungen über die königl. Capitalien betreffend, beobachtet, obgleich hier nicht einmahl von einer Abänderung irgend einer Verfügung des C. N. die Rede war. Sammlung von Gesetzen l. c. p. 519.

„Diese deutsche Uebersetzung soll die einzige seyn, welche in den Gerichten angeführt werden darf, und gesetzliche Kraft hat,“ verbiethet aber nirgend, den französischen Text anzuführen, noch verordnet, daß derselbe keine gesetzliche Kraft haben solle.

Wenn aber die Gesetzes-Kraft des Originals, so wie es Westphalen aus den Händen seines Urhebers erhielt, in sofern es nicht durch die Verfassung oder Gesetze nothwendige Modificationen empfing, fortdauert, (und wer könnte das Gegentheil annehmen?) so folgt unwidersprechlich, daß, wenn gleich die Uebersetzung, als solche, gesetzliches Ansehn in den Gerichten genießt, dennoch dieselbe, wenn sie dunkel oder unbestimmt an irgend einer Stelle seyn sollte, aus dem Originale erklärt werden müsse, oder, welches dasselbe ist, daß man alsdann sich lediglich nach dem Urtexte zu richten habe.

Jede, durch die Grundverfassung oder ein Gesetz nicht motivirte, Abweichung von dem Urtexte kann aber lediglich in die Kathegorie der Dunkelheiten, Unbestimmtheiten, oder, wenn man will, der Irrthümer, gestellt werden, da, wie gesagt, von des Königs Majestät nie erklärt ist, daß die Uebersetzung, (zwar mit Recht allen übrigen Uebersetzungen vorgezogen), selbst vor dem Urtexte den Vorzug haben sollte. Sollte also eine wesentliche, nicht motivirte, Abweichung der

Uebersetzung von dem Originale einmahl entdeckt werden, so wird sich der Richter gewiß lediglich nach dem letztern zu richten haben. Würde er dann, von officieller Hülfe verlassen, irren, so wäre sein Erkenntniß freilich der Cassation bloß gestellt. 6)

Da jedoch, wenigstens mir, der Fall einer nicht durch Verfassung oder ein specielles Gesetz motivirten Abweichung zwischen der officiellen Uebersetzung des C. N. und dem Urtexte nicht vorgekommen, so kann die Erörterung der aufgeworfenen Frage lediglich einen theoretischen Werth haben. 7)

---

6) Auch Hrn. Zachariä scheint der Original-Text stets den Vorzug zu verdienen, ausgenommen in den Stellen, in welchen der C. N., wegen der Verschiedenheit, die zwischen der französischen und westphälischen Verfassung statt hat, absichtlich abgeändert worden ist. Zachariä's Handbuch d. fr. Civ. R. 2te Aufl. Einl. S. LXXIV.

Entgegengesetzte Meinungen findet man in Dabelow's Archiv des C. N. Stück V. S. 518. ff., dessen Commentar über den C. N. Thl. II. S. 645. im Anhange vom Tribunal-Richter Dryander, in Spangenberg's Commentar ü. d. C. N. Thl. I. p. 95.

7) Man hat irrig geglaubt, (S. Dabelow's Comment. über den C. N, Zusätze von Dryander, Thl. 2. S. 649.) eine geflissentliche, durch kein Gesetz motivirte, Abweichung der officiellen Uebersetzung vom Urtexte im 21sten Art. des C. N. zu finden, wie denn auch wirklich die Worte: „pour devenir citoyen" in der 4to Ausgabe unübersetzt geblieben sind. Da jedoch diese Worte in der 8vo Ausgabe mit dem französischen Texte (in der blos deutschen fehlen sie ebenfalls) sehr richtig durch „ . . . die den Fremden zu Erlangung

Desto öfter entstehen aber Streitigkeiten aus den im Gesetzbülletin enthaltenen unrichtigen Uebersetzungen. Aus einer solchen hatte auch, zum Theil,

---

des Staats-Bürgerrechts auferlegt sind" übersetzt wurden, so ist die Auslassung der 4to Ausgabe lediglich als ein Druckfehler anzusehen. Wollte man dieses nicht annehmen, so würde sich die Frage zur Beantwortung darbiethen: welche von den officiellen Ausgaben die officiellste sey? — Nach dieser Bemerkung, die sich durch den Augenschein leicht verificiren läßt, ist es irrig, wenn in einer sonst schätzbaren Abhandlung: „Beantwortung der Frage: ob im Königreiche Westphalen der Unterschied zwischen Einwohnern und Staatsbürgern aufgehoben sey? von A. E. E. L. von Duve" (Lüneburg 1811) S. 17. behauptet wird:

„Nicht in allen drei Editionen fehlt die Uebersetzung jener „drei Worte. Daraus, daß sie in der Octav-Ausgabe wegblieben, kann nichts gefolgert werden .... „Auf die Edition in Quarto, als die ungleich „theurere, ist gewiß der meiste Fleiß beim Abdrucke verwandt, und ihre Lesart muß daher dem „Willen des Gesetzes am meisten entsprechen;" denn, wie bemerkt, so ist es eben diese theuere 4to Ausgabe, welche hier unvollständig ist.

Bei dieser Gelegenheit bemerke ich, daß die der 4to Ausgabe hinzugefügte lateinische, für das Königreich Italien verfertigte Uebersetzung, keine Uebersetzung des Code Napoléon, so wie solcher am 3ten Sept. 1807. decretirt wurde, sondern des Code civil des français, ist; daher alle diejenigen Zusätze und Abänderungen in solcher fehlen, welche den letzten vor dem ersten auszeichnen, und deren Gründe in der Sitzung der gesetzgebenden Versammlung Frankreichs am 24sten Aug. 1807 von dem Staatsrath Bigot-Préameneu entwickelt wurden. (S. Motifs du projet de loi concernant le Code Napoléon.) Um sich hiervon zu überzeugen, braucht man nur den Art. 896 C. N. mit der lateinischen Uebersetzung zu vergleichen. Ich gestehe freimüthig, daß, da der Code Napoléon und nicht der ehemahlige Code civil des

die Appellation ihren Ursprung genommen, über welche, am 8ten December 1810, in Sachen Köhler gegen Köhler, von der zweiten Section des Appellations-Hofes erkannt wurde, indem sie mit daraus erwachsen war, daß das Districts-Gericht zu Hildesheim, den Beklagten, obgleich einen Bruder des Klägers, in die Kosten des Rechtsstreits verurtheilt hatte. Jener glaubte dadurch deshalb beschwert zu seyn, weil der 87ste Art. der Pr. Ord. vorschreibt:

„Eine gegenseitige Aufhebung der Proceßkosten, im Ganzen oder theilweise, findet jedoch statt: zwischen Ehegatten, Verwandten in auf- und absteigender Linie, Geschwistern und Verschwägerten desselben Grades, u. s. w.;"

wonach also eine Vergleichung der Kosten hätte statt finden müssen. Der Appellations-Hof hielt sich jedoch an das französische Original des Art. 87, welches lautet:

---

français das Gesetzbuch Westphalens ist, es gewiß nicht unzweckmäßig gewesen, wenn mit der lateinischen Uebersetzung solche Veränderungen vorgenommen wären, daß sie als eine treue Nachbildung desjenigen Textes, den man ihr vorsetzte, hätte angesehen werden können; ein Mangel der jedoch bei einer neuen Auflage der 4to Ausgabe leicht abzuhelfen steht. — Uebrigens gebührt (wovon mich eine sorgfältige Prüfung überzeugt hat) der westph. Uebersetzung der Vorzug vor allen übrigen bis jetzt erschienenen, und gereicht den Verff. zur unvergänglichen Ehre.

„Pourront néanmoins les dépens être com-
„pensés etc. . . “

und verwarf die Appellation, welche auch schon deßwegen gänzlich unzulässig war, weil der Appellant geständlichermaßen die Proceßkosten seinem Gegentheile freiwillig bezahlt, und also dadurch das Tribunals-Erkenntniß anerkannt hatte.

## Urtheil.

Die zweite Section des königlichen Appellations-Hofes:

Nach Ansicht des 111ten, wie auch des 87sten Artikels der Proceß-Ordnung;

in Erwägung, daß vom Appellaten angeführt, auch von dem Appellanten keineswegs in Abrede gestellt, wie von dem letzteren, bereits im Anfange Septembers dieses Jahrs, diejenigen Proceßkosten an den ersteren entrichtet worden, welche, vermöge des Hildesheimschen Tribunals-Erkenntnisses vom zehnten Julius tausend acht hundert und zehn, dem Appellanten zu bezahlen auferlegt waren, und, daß das Gesetz ausdrücklich die Bezahlung der Kosten, als eine solche Handlung qualificiret, wodurch ein Erkenntniß für vollstreckt gehalten wird;

in Erwägung, daß in dem vorliegenden Falle die Vollstreckung, als mit der Einwilligung des Appellanten geschehen, angenommen werden muß, gegen ein freiwillig vollzogenes Erkenntniß aber keine Appellation statt hat, unter diesen Umstän-

den es auch auf eine Untersuchung der rechtskräftigen Tribunals-Sentenz nicht ankommen kann;

in Erwägung, daß nach dem Urtexte des 87sten Artikels der Proceß-Ordnung unter den daselbst benannten Verwandten eine Compensation der Kosten zwar statt finden kann, jedoch von dem Ermessen der Richter es abhängt, in wiefern sie von dieser ihnen gegebenen Erlaubniß Gebrauch machen wollen:

Verwirft die gegen das gedachte Erkenntniß des Tribunals zu Hildesheim zur Hand genommene Appellation, und condemnirt den Appellanten in sämmtliche Kosten. 8)

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Zesterfleth, Stromeyer, v. Strahlenheim, v. Beulewitz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellations-Richter.

---

8) Eine vollständige Aufzählung der in der officiellen Uebersetzung der drei Straf-Proceß-Ordnungen des Königreichs enthaltenen Uebersetzungs-Fehler, findet man in des H. Criminal-Richters von Bülow Commentar über diese Gesetze. (Braunschw. 1811. 2 Thle. 8.)

# XV.

# Autorisation der Ehefrau. — Authentica si qua mulier.

---

**Wie ersetzt das Gesetzbuch Napoleons die Vorschriften der Authentica si qua mulier?**

---

Indem die römischen Gesetze die Ehefrauen der wohlthätigen Gewalt ihrer Männer unterwarfen, sorgten sie auch, mit einer väterlichen Sorgfalt, dafür, daß diese von der ihnen eingeräumten Macht keinen Mißbrauch, zum Nachtheil des Vermögens der Ehefrau, zu machen im Stande waren, wie jene Gesetze denn auch im Allgemeinen das schwächere Geschlecht in einen Schutz nahmen, der, von demselben oft verkannt, nicht für eine Wohlthat, sondern für ein angethanes Unrecht gehalten worden. 1)

Die in dem Vellejanischen Rathschluß und der

---

1) Aehnliche Aeußerungen: „man sehe wohl, daß Männer die Gesetze verfaßt haben," hört man auch gegen die Napoleonische Gesetzgebung vorbringen. Mit Unrecht: der Frauen eignes Wohl ist der Grund der mehrsten Gesetze, worüber sie sich beklagen.

Authentica si qua mulier enthaltene Gesetzgebung, und die Art ihrer Anwendung in Deutschland, sind zu bekannt, als daß es nöthig seyn könnte, dieserhalb etwas anzuführen. [2])

Das Gesetzbuch Napoleons wiederholte diese Vorschriften nicht, daher sie in den Ländern, wo dasselbe ohne Einschränkung aufgenommen worden, als gänzlich aufgehoben zu betrachten sind. [3])

Eben so bekannt als jene römische Gesetzgebung, sind jetzt die Vorschriften des Napoleonischen Rechts, [4]) welche den Ehefrauen verbiethen, wenn sie gleich mit ihren Ehemännern in keiner Gütergemeinschaft, oder wenn sie selbst in der Vermögens-Absonderung leben, weder zu schenken, zu veräußern, ihr Vermögen mit Hypotheken zu beschweren, noch zu erwerben, es sey unentgeltlich, noch

---

2) S. Thibaut's System des Pandecten-Rechts, 3. Aufl. § 944—949. und die daselbst angeführten Schriftsteller. Ueber die Anwendung jenes S. C. in Frankreich: Jurisprudence du Code civil, T. III. p. 116. seqq. Merlin, répert. univ. s. v. Senatus-consulte Vellejen. T. XI. p, 710.

3) Weber, über die Rückanwendung positiver Gesetze. (Hannover 1811.) S. 149. f. (Ein vortreffliches Werk.)

4) Diese Vorschriften enthielten für den größten Theil Frankreichs ein uraltes Recht Germanischen Ursprunges. Pothier, traité de la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme. — So erhielt Deutschland aus dem von ihm ehemahls besiegten Frankreich deutsche Institute zurück. So bekam einst Griechenland, ja selbst Egypten, vaterländische Gesetze durch die Sieger. Zachariä's Handb. des fr. Civ. Rechts. T. II. p. 37.

gegen Vergütung, in sofern die Ehemänner nicht bei der Handlung selbst dazu mitgewirkt und schriftlich eingewilligt haben. [5])

Indem die neue Gesetzgebung die unverheiratheten Frauenzimmer, in Hinsicht der Eingehung ihrer Verpflichtungen, den Männern völlig gleichsetzte, unterwarf sie die verheiratheten

5) Art. 217. C. N. — Nach den Worten dieses Art. kann die Frau, wenn sie auch in getheilten Gütern lebt, nicht über die geringste bewegliche Sache frei schalten. Diese Worte drücken aber mehr aus, als sie auszudrücken die Absicht hatten. „Le rapporteur de la section convint que la défense contenue dans cet article ne concernait que les immeubles, et c'est sans doute par oubli que sa disposition n'a pas été restrincte.“ Maleville, analyse ad art. 217. Locré, esprit. T. II. p. 354. Procès-verbaux au conseil d'état. T. I. p. 290. Der Art. 1449. C. N. hat dieses Versehen förmlich wieder gut gemacht. (H. Dabelow, im Commentare, Thl. 1. S. 200. bemerkt hierbei: „Man weiß ja, wie es bei der Abfassung des Code oft herging.“ — Welche Idee soll jemand, der nicht weiß, wie es dabei herging, hierdurch erhalten? — Es ging bei der Abfassung des C. N. sehr regelmäßig her. Irrthümer sind der Menschen Erbtheil.) Man ging daher unstreitig zu weit, wenn man in einer gewissen Districts-Stadt in einer Auction einer Dame, die auf unbedeutende Effecten both, eine vorläufige Autorisation ihres Ehemannes abforderte. Sie konnte, in sofern sie nicht in der Gütergemeinschaft lebte, über ihre beweglichen Sachen, und also ihr Geld, frei disponiren, und es verwenden. — Ueber die Einschränkung dieses Grundsatzes, bei wichtigen beweglichen Gegenständen, als Juwelen, Renten, Capitalien, welche, obgleich nach der jetzigen Gesetzgebung Mobilien, doch den Immobilien gleich zu achten sind, s. Pandectes françaises, T. III. p. 396.

der Aufsicht ihrer Ehemänner, in Betreff aller Handlungen, wodurch entweder ihrem Vermögen, oder ihrer Ehre (Annahme der Geschenke) 6) Nachtheil erwachsen könnte. 7)

In Hinsicht der Ehefrauen findet sich also das Senatus-consultum Vellejanum, in sofern von Intercessionen für fremde Personen die Rede ist, um so mehr völlig ersetzt, da in den Fällen, wo

---

6) Turpis quaestus vitandi causa. Maleville, T. I. p. 221. Locré, esprit. T. II. p. 353.

7) Man hat sich in Frankreich sehr darüber gestritten, ob diese Verordnung der Gewohnheitsrechte daher entspringe, daß der Mann vor Schaden bewahrt werden solle, daß dieses in Hinsicht der Frau die Absicht sey, oder daß das Gesetz lediglich die eheherrliche Machtvollkommenheit vor Augen gehabt habe. Jede dieser Meinungen hatte eine große Anzahl von Schriftsteller für sich. Pandectes franç. T. III. p. 386. Merlin, répertoire univ. s. v. autorisation maritale. T. I. p. 436. Pothier, l. c. sect. 3. § 3. Nr. 62. — Der Art. 223. der Coutume de Paris entschied: „que le contract fait par une femme non autorisée, seroit nul, tant pour le regard d'elle, que de son mari.“ Die Meinung derer ist daher unstreitig die richtigste, welche das Institut der Autorisation so ansehen, daß dadurch beider Ehegatten Vortheil bezweckt werden soll. Daß jetzt diese Ansicht die einzig richtige sey, lehrt der Art. 225. C. N., von welchem die Verf. der Pandectes franç. sehr irrig annehmen, daß er in dem förmlichsten Widerspruche mit der vorhergehenden Gesetzgebung stehe. „Il y a antinomie parfaite.“ Pandect. T. III. p. 439. Wo ist denn diese Antinomie? Giebt es denn keine relative Nichtigkeiten? — Selbst verschiedene ältere Gewohnheitsrechte fanden in der ermangelnden Autorisation nur eine relative, und keine absolute Nichtigkeit. — Nouveau Ferrière, par d'Agar. T. I. p. 257. seqq.

der Mann seine Einwilligung zu ertheilen rechtlich verhindert wird, oder wenn er sie verweigerte, der Richter an seine Stelle tritt. Hier bleibt also nichts für die Sicherheit der Frauen zu wünschen übrig.

Auf welche Weise ersetzt aber die neue französische Gesetzgebung die Vorschriften des 8ten Capitels der 134sten Novelle, woraus die bekannte Authentica si qua mulier genommen wurde, vermöge welcher alle Intercessionen der Ehefrauen für ihre Männer für völlig nichtig erklärt sind, mit der alleinigen Ausnahme, wenn jene Nutzen aus solcher Intercession haben sollten? — Ist es auch hier hinlänglich, daß der Mann seine Frau autorisire, sich für ihn zu verpflichten, um durch solch' eine Einwilligung sofort der Verpflichtung völlige Gültigkeit zu verschaffen?

Das Gesetz entscheidet diesen Fall nicht ausdrücklich, in sofern die Frau nicht mit ihrem Manne in Gütergemeinschaft lebt, denn in diesem Falle kann sie, sogar um ihn aus dem Gefängnisse zu befreien, nur nach vorhergehender Genehmigung des Gerichts sich verbindlich machen, oder das Vermögen der Gütergemeinschaft verpfänden. [8])

---

8) Art. 1427. C. N. — In welchem Falle jedoch die Autorisation des Gerichts nicht hinlänglich ist, sondern die des Ehemanns, obgleich derselbe den Nutzen von dem Geschäfte zieht, hinzukommen muß. Pandectes franç. T. III. p. 390. T. XI. p. 369. 370.

Die Beantwortung der aufgeworfenen Frage ist keinesweges ohne Schwierigkeiten; auch war sie seit langer Zeit in Frankreich, wo sie sich unter der Herrschaft verschiedener Gewohnheits-Rechte, unter manchfachen Modificationen, darbiethen konnte, sehr streitig. Diejenigen Schriftsteller, welche behaupteten, daß das ganze Institut der Autorisation entweder lediglich des Mannes, oder des öffentlichen Wohlstandes wegen (à cause d'une espèce de bienséance, qui est de droit public), eingeführt sey, konnten sich nicht überzeugen, daß ein Institut denjenigen beschränken dürfe, zu dessen Vortheil es geschaffen wäre. Sie räumten also dem Ehemanne, gegen die Regel: nemo potest esse autor in rem suam, das Recht ein, die Frau zu autorisiren, wenn sie sich für ihn verbürgen, ihm etwas schenken, oder einen Contract mit ihm abschließen wollte, dafür achtend, daß auf diese Art der öffentliche Wohlstand hinlänglich beobachtet sey. Auch hatten diese Rechtsgelehrten die ausdrückliche Vorschrift einiger Gewohnheits-Rechte für sich. 9)

---

In wiefern die Frau, welche in Gütergemeinschaft lebt, aus einer mit ihrem Manne eingegangenen solidarischen Verpflichtung verbunden wird, s. Art. 1431. C. N. Pandectes franç. T. XI, p. 582.

9) Coutume de Douai, cap. III. art. 13. „Le mari et la femme peuvent, constant leur mariage, la dite femme autorisée de son mari, advancer l'un l'autre par testa-

Da nun die Gewohnheits-Rechte, als gemeinschaftlichen Ursprunges, bei der Erklärung dunkeler Verfügungen derselben wechselseitig angewendet werden müssen; so läßt sich nicht leugnen, daß aus jenen bestimmten Vorschriften ein bedeutendes Argument für die Meinung jener Rechtsgelehrten entstand.

Andere hielten, wenn sie nicht besonders vorgeschrieben, jede ausdrückliche Autorisation für überflüssig, indem der Mann durch die Acceptation bereits seine Willensmeinung hinlänglich dargethan habe.

Noch andere Rechtsgelehrte achteten, bereits unter der vorigen französischen Gesetzgebung, statt der Autorisation des Mannes, die des Richters für nothwendig, indem sie dafür hielten, daß auch die Frau aus dem Institute der Autorisation Nutzen ziehen sollte, dieser Nutzen aber natürlich nicht erreicht werden könne, wenn man die Einwilligung von demjenigen verlange, von dem es anzunehmen, daß er die Veranlassung zu dem ganzen Geschäfte, in der Regel, gewesen sey.

Diese Meinung, unstreitig die vernünftigste,

---

ment ou autrement.“ Coutume de Ponthieu, art. 47. „Deux conjoints se peuvent obliger l'un pour l'autre, pourvu que la femme le fasse . . . par l'autorité de son mari.“ Die Coutume de Brétagne scheint in dem dunkel gefaßten 197sten Art. dasselbe zu bestimmen. Merlin, l. c. T. I. p. 448.

(denn wenn gleich das Institut der Autorisation, wie es mir nicht wahrscheinlich ist, lediglich einer barbarischen eheherrlichen Machtvollkommenheit ihren Ursprung dankte, was hinderte, einem barbarischen Institute vernünftige Gründe unterzulegen?) wurde am wenigsten befolgt. 10)

Welche Grundsätze sind nun unter der Herrschaft der jetzigen Gesetzgebung anzuwenden? —

Mich dünkt, daß die Streitfrage lediglich aus dem Geiste des 225. Art. C. N. beantwortet werden könne. Indem dieser bestimmt vorschreibt:

> Auf die durch den Mangel der Genehmigung begründete Ungültigkeit können nur die Frau, der Mann und beider Erben sich berufen; 11)

indem das Gesetz so die Frau unter allen Personen, welche die Nichtigkeit für sich anführen können, vorn an setzt, zeigt es unstreitig, daß es bei dem ganzen Institute der Frauen Nutzen vor allem andern vor Augen hatte. 12) Die Autori-

---

10) „Par l'usage constant, on n'exige point l'autorité de justice, et l'autorité du mari est suffisante, malgré la maxime: nemo potest esse auctor in rem suam." (Poulain du Parcq.) Merlin, l. c. T. I. p. 447.

11) Motifs, T. II. p. 263. 278. 298. Conférence du Code civ. T. II. p. 107. 110. Einen merkwürdigen Fall s. in Sirey, jurispr. de la cour de cassation, T. X. 1810. p. 491.

12) Procès-verbaux du conseil d'état, T. I. p. 289. 290.

sation muß also auf eine solche Weise vorgenommen werden, daß dieser von dem Gesetze beabsichtigte Zweck wahrscheinlicher Weise erreicht werde. Welche Wahrscheinlichkeit kann aber hierzu vorhanden seyn, wenn man es demjenigen, zu dessen Nutzen, und, in der Regel, auf dessen Anstiftung, das ganze Geschäft unternommen wird, überläßt, seine Genehmigung dazu zu ertheilen? — Wäre es wohl im geringsten vernünftiger, wenn man einem Rechnungsführer die Revision seiner Rechnung überlassen wollte? Der Grundsatz: Nemo potest esse auctor in rem suam liegt dergestalt in der Natur der Sache, daß er sich jedem von selbst aufdringt. Er ist es, welcher, ohne daß es ein bestimmtes Gesetz verordnete, verhindert, daß, z. B., ein Procureur des Königs nicht sich selbst vom zweiten Aufgebothe dispensiren, daß ein Ci-

---

Tronchet: „La loi exige, comme une garantie contre les aliénations désavantageuses des biens de la femme, l'autorisation du mari."

Locré, esprit, T. II. p. 352 u. 372. „Ici quel intérêt est blessé? — Celui du mari, dont l'autorité a été méconnue. — Celui de la femme, qui dans l'acte qu'elle a fait, a été privée de la protection du mari."

Mit Recht nennt daher Zachariä in seinem Werke, welchem bis jetzt Frankreich kein gleiches entgegenzustellen hat, die Gewalt des Mannes über die Frau eine vormundschaftliche Gewalt, obgleich das Gesetz nirgend dem Manne den Namen eines Vormundes beilegt. Zachariä, Handbuch. T. II. p. 37. (1 Aufl.) Dabelow, Comment. Thl. 1. S. 199. stellt diese Materie vollkommen richtig dar.

vilstands-Beamter sich nicht selbst trauen, daß kein Maire sich selbst ein Attestat aufsetzen oder einen Paß ausfertigen, kein Hypotheken-Bewahrer seine eignen Hypotheken inscribiren kann. Alle diese Personen sind verhindert, und müssen sich an andere Beamte wenden. Auf gleiche Art ist auch ein Ehemann, der eine Genehmigung zu ertheilen haben würde, woraus er selbst Vortheil zu ziehen hat, als verhindert anzusehen; es treten also die Verordnungen des 221sten und 222sten Art. des C. N. ein: der Richter hat, statt des Ehemannes, für der Frauen Sicherheit, nach Anhörung des öffentlichen Ministeriums, zu sorgen.

Nach diesen Grundsätzen, welche bis jetzt nicht überall im Königreiche Westphalen angenommen zu seyn scheinen, ist stets von dem Tribunale zu Einbeck, unter dem Vorsitze des Verfassers, erkannt worden: auch sind sie völlig der französischen Jurisprudenz angemessen, wie das folgende Erkenntniß des Appellations-Hofes zu Aix, vom 28. Thermidor XII. beweist:

In Erwägung, daß die Verpflichtung einer Ehefrau nur in sofern rechtsbeständig ist, als sie zu deren Eingehung entweder von ihrem Ehemanne oder von dem Richter autorisirt worden; daß aber das bürgerliche Gesetzbuch keinesweges die allgemeine Rechtsregel abgeschafft hat, welche will, daß niemand zu irgend einer Handlung autorisiren könne, wovon er selbst den Vortheil

ziehen soll, (nemo auctor in re sua); daß also es in die Augen fällt, daß bei denjenigen Handlungen der Frau, wo der Mann ein dem ihrigen entgegenstehendes Interesse hat, oder durch welche sie allein Verbindlichkeiten zu seinem Nutzen übernimmt, die Autorisation des Mannes unnütz sey, und daß allein durch die des Richters die von der Frau eingegangene Verbindlichkeit Rechtsgültigkeit bekommen könne u. s. w. 13)

---

13) Jurisprud. du Code Nap. T. III. p. 116. seqq. Pandectes franç. T. III. p. 409. seqq.

# XVI.

## Nothfrist der einzulegenden Appellation.

Muß die Einrede der Versäumung der Nothfrist zur Einlegung der Appellation, wenn sie von dem Appellaten nicht vorgebracht wurde, nach den Grundsätzen, sowohl des französischen, als westphälischen Processes, von dem Richter ex officio ergänzt werden?

Daß der Appellations-Richter nach gemeinem deutschen Rechte, von Amts wegen darauf zu achten habe, ob von dem Appellanten die Nothfrist der Einlegung der Berufung gehörig beobachtet sey, und daß diese Frist durch Uebereinkunft der Parteien nicht verlängert werden könne, ist von Gönner im Handbuche des gemeinen deutschen Processes, in der Abhandlung von der Verlängerung der Appellations-Fatalien durch Handlungen der Parteien [1]) auf eine so erschöpfende Art gezeigt worden, daß es überflüssig seyn würde, dieser vortrefflichen Abhandlung noch

1) III. Band. 231. S. (2te Aufl.) Daß die Verdienste Gönner's auch in Frankreich anerkannt werden, zeigt eine der Bibliothèque du barreau, I. part. 7. Heft eingerückte Anzeige. 1810. S. Oesterley's Mag. III. B. 3. St. S. 459.

das Geringste hinzuzusetzen. Auch ist mir nicht bekannt, daß der Gerichtsgebrauch irgendwo in Deutschland andere Grundsätze angewendet habe. 2)

---

2) Der Grundsatz, daß rechtskräftige Erkenntnisse nicht aufgehoben werden dürfen, war bereits dem Antejustinianischen Rechte keinesweges fremd. Die Rechtskraft entstand aber aus dem Ablaufe einer fünftägigen Appellationsfrist. Papiniani liber respons. T. XXXII, in Schutingii jurispr. antejustin. p. 846. (ed. Ayreri Lips. 1737.) Jenes Princip wurde auch unter der Herrschaft des Justinianischen Gesetzbuchs stets befolgt, welches dasselbe in den Worten: res judicata pro veritate habetur, (L. 207. de reg. jur.) bestimmt aussprach. Es setzte eine zehntägige Frist, binnen welcher die Berufung eingelegt werden konnte (posse offerri) im 1. Cap. der 23sten Novelle fest, ohne jedoch etwas darüber zu verordnen, ob der Appellat durch sein Stillschweigen die Versäumung dieser Frist, von Seiten des Appellanten, nicht wieder gut machen könne. Daß der Richter, wenn er den Ablauf der Appellations-Fatalien aus den Vorträgen der Parteien erfuhr, die daraus nicht hergenommene Einrede der Desertion ergänzen konnte, ist nach dem titulo Codicis: ut quae desunt advocatis partium, judex suppleat nicht in Zweifel zu ziehen; daß er, um die Beobachtung der Fatalien zu erfahren, aber verpflichtet gewesen wäre, Untersuchungen anzustellen, ist nirgend verordnet, und also nicht anzunehmen. — Jan de prorogatione et coarctatione conventionali fatalis interpon. appellat. Gissae 1787. 4to. — Vergl. Klüber's kl. jurist. Bibl. Band V. S. 476. Danz, ord. Proc. § 403. ab Ende de fatalium rigore iniquo, c. 1. § 19. Gönner, l. c. p. 235. Martin's Lehrb. des gem. deutsch. Proc. § 278. Auch hat das Gegentheil Voet., lib. V. t. 1. § 48. (wie man vermeint hat, s. w. unten Merlin l. c.) nicht behauptet, sondern seine entgegengesetzte Meinung auf das canonische Recht begründet, welches an den, von ihm angeführten, hier mitge-

Ob eben diese Grundsätze auch nach französischem, und also auch nach dem, in der Lehre von den Appellationsfristen mit diesem ganz übereinstimmen-

---

theilten Stellen, überdem nur von dem fatale prosequendae appellationis spricht. Clement, L. II. T. 12. c. 6: „Si appellationem, per negligentiam appellantis desertam, appellans ipse cum appellato, aut appellatus etiam per se et principaliter, *prosequatur:* non ideo minus in rem judicatam censebitur transivisse sententia a qua fuerit appellatum." Doch erlaubte eben dieses Recht eine Verlängerung des fatalis proseq. appel. durch eine ausdrückliche Verabredung der Parteien. Clement, L. II. t. 12. c. 4. „Quamdiu appellationis prosecutio per compromissum, vel alias de partium expresso consensu, differtur: tempus a prosequendam eandem ab homine vel a jure praefixum, currere volumus appellanti." Die Reichsgesetze hingegen entschieden die Frage dergestalt, daß für Deutschland, in Hinsicht des Interpositions- und Introductions-Fatale, in Ermangelung besonderer Landesgesetze, kein Zweifel übrig bleiben konnte. R. Cammerg. Ord. Thl. II. Tit. 29. §. Item es soll keine Appellation u. s. w. Concept d. R. C. G. Ord. Thl. II. T. 32. § 1. Die dubia cammeralia vom Jahre 1531. veranlaßten diese Vorschrift, welche bereits in dem Reichsgutachten von 1532. enthalten war: „ . . . . . . achten die Stände gut zu seyn, daß eine gemeine Warnung im Reich ausgehen sollt, den Termin der 10. Tag, welcher dem verlierenden Theil von gemeinen Rechten gegeben wird, keineswegs zu überschreiten, noch denselben zu kürzen, und derhalb kein Richter auf der Parteien Begehr länger Bedacht zu appelliren geben soll." Vergl. Gönner l. c. p. 238. Claproth's Einl. in den b. Proc. 2. Thl. S. 550. und S. 501. u. 502. (wo derselbe irrig nach der Clement., u. gegen die Reichsgesetze, entscheidet: daß die Nothfrist der Interposition zwar nicht durch den Richter, wohl aber durch die Parteien, erstreckt werden könne.)

den westphälischen Rechte, zur Anwendung kommen, ist bei weiten zweifelhafter; obgleich sowohl die französische, als die westphälische Proceß=Ordn. bestimmt verordnen:

„Ces délais (pour interjetter appel) emporteront déchéance;“ [3])

indem alle bei den Vorladungen, oder während des Verfahrens, begangenen Nichtigkeiten, lediglich die wegen (materieller) Incompetenz des Gerichtsstandes ausgenommen, für gehoben angesehen werden, wenn sie nicht in der ersten Vertheidigung [4]) bemerkt wurden; und da, wenn man auch mit Recht annimmt, daß durch den Ablauf der Fatalien die sententia a qua in Rechtskraft übergeht, doch, so scheint es, nichts entgegen stehen kann, daß der Appellat, durch sein Stillschweigen, den Appellanten dagegen eben so gut gleichsam in in-

---

Auch die hiesigen (hannoverschen und braunschweigischen) Landesgesetze enthalten eben die Vorschriften, als die Reichsgesetze. Pufendorf, intr. in proc. P. IV. C. I. S. II. § 5. (pag. 602. ed. 1733.) Cell. Ob. App. G. Ord. Thl. II. B. II. § 3. Daß auf die Wahrnehmung dieses fatale ex officio zu wachen, darüber ist nie der geringste Zweifel im Gerichtsgebrauche entstanden: v. Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen, Thl. 4. S. 182, woselbst der Unterschied der, in Hinsicht der Erstreckungs=Befugniß, unter dem fatale interp. u. proseq. app. obwaltet, gründlich erörtert ist.

3) Code de proc. fr. Art. 444. Pr. Ord. 346.

4) Code de proc. fr. Art. 173., Pr. Ord. Art. 124.

tegrum restituire, wie solches unbedenklich ehedem bei uns der Appellations-Richter that: mithin hier von einer incompetentia ratione materiae, die der Richter ex officio zu berücksichtigen haben würde, nicht die Rede zu seyn vermag. [5]) Denn warum, (so wäre es wohl erlaubt zu fragen) sollte der Appellant, welcher unglücklicher Weise die Einlegungsfrist versäumte, sich nicht eben der Wohlthat von der Nachsicht, und vielleicht von der Gerechtigkeitsliebe, seines Gegners erfreuen dürfen, welche er bisher von der prätorischen Billigkeit des Richters erlangen konnte? Soll es denn nicht erlaubt seyn, das Geschenk eines unentschiedenen Rechtsstreits, statt der eingetretenen Rechtskraft, anzunehmen? — Wer leidet denn darunter? — Der Appellat. Sein Wille geschieht. — Der Staat. Wie ist dies möglich!

Zweifel dieser Art waren es unstreitig, welche veranlaßten, daß selbst das Cassations-Gericht zu Paris, jenes Orakel der neuen Lehre, diese Frage, obgleich sie sich ihm zur Entscheidung darboth, unbeantwortet gelassen hat. Sie kam vor diesem Gerichte unter der Herrschaft des Gesetzes

---

5) Es gab Rechtsgelehrte, welche dafür hielten, daß die restitutio in integrum adversus lapsum fatalium nicht bei dem judice ad quem, sondern a quo zu suchen sey. Auch selbst die Reichsgerichte erkannten bisweilen nach diesem Grundsatze: doch ist diese Theorie unstreitig irrig. S. Gönner l. c. Thl. III. p. 215. seq.

von 1790, dessen Vorschriften wieder in den Code de procédure, und aus diesem in die westph. Proc. Ord. übergingen, zur Sprache. Nachdem vor der section civile dieses Gerichts lebhaft über dieselbe verhandelt, war Stimmengleichheit das Resultat der Berathung. [6]) Es erfolgte zwar am 21sten Thermidor ein Erkenntniß, wodurch die Streitigkeit der Parteien beendigt, [7]) nicht aber obige Rechtsfrage entschieden wurde. Der jetzige Graf Merlin, Staatsrath und General-Procurator des Cassations-Hofes, sagte bei dieser Gelegenheit Folgendes, [8]) welches ich in einer Uebersetzung hier anzuführen um so weniger für überflüssig halte, da in dieser Auseinandersetzung alles enthalten ist, was für die absolute Bejahung der aufgestellten Frage, nach französischem, und also auch westphälischem Rechte, nur angeführt werden kann, und da mir jene Ausführung zu einigen Bemerkungen Gelegenheit darbiethet.

---

6) S. Praticien fr. S. III. p. 49.

7) Indem nämlich der Cassationshof erkannte, daß das Erkenntniß des Tribunals erster Instanz kein Gesetz verletzt habe, kam es gar nicht weiter darauf an, zu entscheiden: ob das App. Gericht eine Nichtigkeit, durch die Annahme der deserten Appellation, begangen hatte, oder nicht. Interessant wäre es jedoch gewesen, diese letzte Frage beantwortet gesehen zu haben.

8) Merlin, quest. s. v. appel. § 9. In dem répert. univ. wird die Frage nicht erörtert.

„Haben die Beklagten," sagte er, „durch ihr Stillschweigen über den Ablauf der zur Appellations-Einlegung verstatteten drei Monate 9) die zerstörliche Einrede beseitigt, welche sich der Berufung der Kläger entgegenstellte? Dies ist die erste Frage.

Wenn man annimmt, daß das Appellations-Gericht ex officio die Appellation, wegen nicht beobachteter Fatalien, hätte verwerfen müssen, kann alsdann sein Erkenntniß, deßwegen, weil es dieses nicht that, und vielmehr in der Hauptsache entschied, cassirt werden? Dies ist die der ersten untergeordnete Frage.

Was die erste Frage anbetrifft, so bemerke ich zuerst, daß nach dem römischen Rechte die Einrede, welche aus dem Ablaufe der Appellations-Fatalien entstand, durch das Stillschweigen des Appellaten nicht beseitigt wurde. Den Beweis dieser Behauptung finden wir in dem L. 5. § 6. C. de temporibus et reparationibus 10) und im Godofredus über L. 27. D. de reg. jur.

---

9) Zwei Monate nach westph. Pr.

10) Ich halte dafür, daß wir den Beweis dieser Behauptung an dieser Stelle vergeblich suchen würden. Das angeführte Gesetz verordnet vielmehr: „Sin autem partes inter se scriptura paciscendum esse crediderint, nemini parti licere ad provocationis auxilium pervenire, vel ullum fatale observare: eorum pactionem firmam esse censemus. Legum etenim austeritatem in hoc casu volumus

Zwar verordnet der Art. 5. des Titels V. der Ordonnanz von 1667, daß in der Exceptional-Handlung alle exceptiones litis ingressum impedientes, (fins de non recevoir) Nichtigkeiten und zerstörliche Einreden angeführt werden sollen, damit vorläufig darüber erkannt werde.

Aber, 1stens, wenn man auch aus diesem Artikel folgern könnte, daß durch die Vertheidigung in der Hauptsache alle exceptiones litis ingressum impedientes und zerstörlichen Einreden, deren Gegenstand ist, zu zeigen, daß man der Klage eine fehlerhafte Richtung gegeben, beseitigt wurden; so ist doch wenigstens so viel gewiß, daß diejenigen peremtorischen Einreden, welche dahin zwecken, darzuthun, daß gar keine Klage gegen den Beklagten vorhanden sey, daß, wenn dieses einmahl der Fall gewesen, sie zu existiren aufgehört hat, oder daß das Gesetz urtheilen müsse, als wenn sie nie vorhanden gewesen wäre, dadurch keinesweges beseitigt werden.

---

pactis litigantium mitigari." — Hingegen hätte angeführt werden können, daß, wenn dieses Gesetz den aufgestellten Behauptungen entgegen zu stehen scheine, solches früher als die Novelle XXIII. (c. 1.) gegeben wäre, durch welche das fatale decendium appel. erst eingeführt ist. Auch weder L. 27. de reg. jur., noch Godofred. ad h. leg. tragen etwas zum Beweise des Vorgetragenen vor. — Vielmehr bleiben jur. rom. (wie bemerkt) bedeutende Zweifel übrig. S. Klüber's kl. jur. Bibl. Thl. V. S. 476. u. Gönner l. c. B. 3. p. 235. u. 236.

Einige Rechtsgelehrte gehen noch viel weiter. Wir wollen einmahl hören, was Voet darüber sagt. (Nro. 49. de judiciis.)

Nachdem er gezeigt hat, daß der Richter von Amts wegen diejenigen Rechtsgründe, welche die Parteien anzuführen versäumten, zu ergänzen verpflichtet ist, und daraus folgerte, daß die Gerichte jede Appellation, bei welcher die Nothfristen vernachlässigt wurden, ex officio für desert erklären müssen, obgleich der Appellat die Desertion weder anführt noch fordert, parte licet adversa nec allegante nec petente, wovon, wie er sagt, die Ursache ist, daß die Desertion ipso jure eintritt, und bewirkt, daß das Erkenntniß der ersten Instanz in Rechtskraft übergeht, „in quantum appellatione deserta confirmata est judicis inferioris sententia;“ so fährt er fort: der Richter hat die Verpflichtung, die von den Parteien anzuführen versäumten Einreden zu ergänzen, sobald sie nur das Recht betreffen, und sobald die Thatsachen, woher sie entstehen, von den Parteien angeführt und anerkannt sind.

Dieses hat, z. B., bei der Einrede der Verjährung statt. Obgleich der Beklagte sie nicht vorbrachte, so ist doch der Richter verpflichtet, sobald die Acten ergeben, daß ein hinlänglicher Zeitraum, um sie hervorzubringen, verflossen sey, sie zu ergänzen. 11)

---

11) Der C. N. verordnet im Art. 2223. das Gegentheil.

Zweitens, so fährt H. Merlin fort, wenn es sich so mit den zerstörlichen Einreden, welche privatrechtlicher Natur sind, verhält, um wie vielmehr müssen diese Grundsätze zur Anwendung kommen, wenn sie aus dem öffentlichen Rechte fließen, d. i., aus dem Rechte, welches der Gesetzgeber nicht zum Besten der streitenden Theile allein, sondern zum allgemeinen Besten der Gesellschaft gab.

Nie hat man gewagt, es zu behaupten, daß Einreden von einer solchen Wichtigkeit durch die Einlassung in der Hauptsache beseitigt werden könnten; nie hat man dem Richter das Recht abzusprechen versucht, sie von Amts wegen zu ergänzen, wenn die Partei sie anzuführen versäumte; nie hat man selbst behauptet, daß diese Ergänzung für ihn nicht unerläßliche Pflicht sey. 12)

Jetzt kömmt es lediglich nur darauf an, zu untersuchen, ob die Einrede, die aus der Versäumung der Appellations-Nothfristen entsteht, unter die Einreden von der angeführten Beschaffenheit gehört.

So viel ist gewiß, daß man in diese höhere Classe der Einreden, die man als aus dem öffentlichen Rechte fließend ansehen muß, diejenigen zu zählen verpflichtet ist, welche der Gesetzgeber zur

---

12) Die Clementina quamdiu (II. XII. 4.) hat dieses doch gewagt. Doch war das jus can. in Frankreichs weltlichen Gerichtshöfen nicht recipirt.

Verminderung der Processe, und also um sie zu verhüthen, abzukürzen und zu vereinfachen gegeben hat.

Dieses als bewiesen angenommen (?), bleibt uns nur noch ein Schritt übrig, um zur vollständigen Auflösung der aufgeworfenen Frage zu gelangen, und dieser ist: zu beweisen, daß das Gesetz den Ablauf der Fristen mit dem Verlust der Appellation deßwegen bestrafte, um die Processe zu vermindern und abzukürzen.

Gewiß war es nicht des Privat-Nutzens wegen, nicht, um die in der ersten Instanz siegreiche Partei zu begünstigen, daß das Gesetz dem unterliegenden Theile verboth, vor dem Ablaufe einer achttägigen Frist zu appelliren. [13]) Es gab diese Verordnung, um die zu häufigen Appellationen zu verhindern, zu welchen die noch neue Erbitterung der unterliegenden Partei Gelegenheit geben könnte; es gab sie also des gemeinen Bestens wegen; es hat des Gesetzes Absicht nicht seyn können, besonders da es jenes Verboth in so bestimmten Ausdrücken aussprach, dasselbe von der Art und Weise, wie sich der Appellat vertheidigen würde, abhängig

13) Eine Verfügung des französischen Rechts, die in dem westph. Pr. nicht aufgenommen ist. Ihr Grund ist vom Justinian bei Einführung des fatalis decend. ausgedrückt: „ne timore instante opus appellatorium frequentetur, sed sit omnis inspectionis copia, quae indiscussos hominum calores potest refrenare.“ (Nov. 23.)

zu machen. Auch hat in der That dieser nicht das geringste Interesse dabei, solche Einrede vorzubringen, da es stets von ihm abhängt, von neuen zu appelliren, so lange er sich in der dreimonatlichen Appellationsfrist, vom Tage der Insinuation des Erkenntnisses anzurechnen, befindet. 14)

Alles, was aber hier von der zu früh eingewandten Appellation verordnet wurde, läßt sich auf die, welche zu spät zur Hand genommen ist, anwenden." —

Mich dünkt, um zu einem sichern Resultat in der gegenwärtigen äußerst wichtigen Sache zu gelangen, sind diesem Vortrage des Hrn. Merlin folgende Betrachtungen hinzuzufügen, und zum Theil entgegenzusetzen. Zuvörderst ist nicht viel auf die aus dem römischen Rechte hergenommene Autorität zu bauen, weil in den angeführten Gesetzen (wie wir sahen) keinesweges das enthalten ist, welches sie beweisen sollen.

Das canonische Recht, worauf allein Voet 15) seine Entscheidung gründet, war in Frank-

---

14) Diese Gesetzgebung ist jetzt geändert. Pr. Ord. Art. 345. Cod. de pr. Art. 445.

15) Voet. l. c. „Appellationem quoque desertam declaret, parte licet adversa nec allegante nec potente, in quantum appellatione deserta, confirmata est ipso jure judicis inferioris sententia, quae per desertam appellationem non ultra potest suspensa dici. Clement. si appellat. 6. de appel. — Minsingerus cent. 2. obl. 59."

reich nie angenommen, ließ bestimmt eine Verlängerung der Prosecutions-Fatalien, durch Uebereinkunft der Parteien, zu, und hätte daher, selbst vor der Publication des Civil-Gesetzbuchs, nicht als eine bedeutende Autorität angeführt werden sollen.

Was Westphalen angeht, so können selbst die in den Reichsgesetzen enthaltenen Proceß-Vorschriften, eben so wenig als die, welche das römische und canonische Recht, oder besondere Landesgesetze enthielten, jetzt nicht mehr als Gesetze, nach der bestimmten Vorschrift des Art. 962. Pr. Ord., sondern nur als ratio scripta, angeführt werden, sowie der 1041ste Art. des Code de proc. fr. ebenfalls vorschreibt: „Toutes lois, coutumes, usages et réglemens relatifs à la procédure civile, seront abrogés;" woraus denn folgt: daß die aufgeworfene Frage, sowohl nach französischen, als westphälischen Grundsätzen, lediglich aus den beiden, hier gänzlich übereinstimmenden Proceßordnungen der beiden Reiche, mit Beiseitsetzung aller vorhergegangenen gesetzlichen Vorschriften oder Gewohnheiten, zu beantworten sey. Nichts hindert also, eine ganz freie, von älterer Legislation nicht gefesselte, Untersuchung anzustellen.

Beide Proceßgesetze sagen: „Ces délais emporteront déchéance."

Hier entsteht zuerst die Frage: ist bereits die Fassung des Gesetzes von der Art, daß ein absolutes Geboth desselben, von dem keine

Partei die andere, in einem vorliegenden Falle, befreien kann, daraus bestimmt hervorgeht? Denn ist dieses der Fall, so wird alle weitere Untersuchung überflüssig: das Gesetz gebiethet, und keine Macht, so lange es besteht, kann des Gebothes Kraft vernichten.

Ein solches Geboth liegt, nach meiner Ansicht, keinesweges im Gesetze, es verordnet nicht absoluter, als alle übrige Proceß-Vorschriften, die, wenn sie übertreten werden, zwar Nichtigkeiten veranlassen, welche aber durch die Handlungen der Parteien gehoben werden können. So sagt, z. B., der Art. 63. des Code de proc. fr.: „Aucun exploit ne sera donné à un jour de fête légale, si ce n'est en vertu de permission du Président du tribunal," welche Vorschrift der 15te Art. d. Pr. Ord. ebenfalls wörtlich enthält; und der Art. 66. C. de pr. fr., sowie der 16te Art. der Pr. Ord.: „l'huissier ne pourra instrumenter pour ses parents . . . . . à peine de nullité." Werden diese Verordnungen nicht beobachtet, so leidet es keinen Zweifel: die Vorladung ist nichtig, d. i., es ist so gut als sey gar keine Vorladung vorhanden, doch nur in sofern die interessirte Partei sich der Einrede der Nichtigkeit bedient: thut sie dieses nicht, läßt sie sich in der Hauptsache ein, so bekömmt die nichtige Handlung Kraft, und steht da, als wäre sie regelmäßig vorgenommen. Hierüber läßt der 124ste Art. der Pr. Ord., und für Frankreich der 173ste Art. des Code de

pr., nicht den geringsten Zweifel übrig. — Also aus den Worten des Gesetzes läßt sich die Frage nicht bejahend beantworten.

Nun scheint mir die zweite Frage zu seyn: Ist das Geboth der Desertion des Rechtsmittels, bei Versäumung der Appellations-Fatalien, von der Art, daß man es gleichsam juris publici nennen muß? Denn ist dieses der Fall, so muß es der Richter unaufgefordert aussprechen. Ich glaube nicht, daß man dieses, in dem Sinne, in welchem H. Merlin hier den Ausdruck droit public nimmt, behaupten könne. Jede privatrechtliche Verfügung hat, indem sie den Nutzen der Einzelnen bezweckt, auch das Beste des gemeinen Wesens vor Augen. Woraus besteht der Staat, wenn es nicht aus Individuen ist, und wie ist es möglich, sich gesetzlichen speciellen Nutzen zu denken, der nicht dadurch, daß ihn jeder sich zu eigen machen kann, zum allgemeinen Nutzen werden könne? — Soll alles dasjenige juris publici seyn, welches, beobachtet, dem Staate nutzt, und, verabsäumt, dem Staate schadet: so giebt es gar kein jus privatum mehr: dann muß der Staat inquiriren, ob die Testamente nicht nichtig sind, (Verfälschung vermuthend) damit sie niemand anerkenne, und freiwillig befolge. Sind nicht sämmtliche Fristen des gemeinen Bestens wegen eingeführt, [16]) sind sie

---

16) „Man darf nur erwägen, sagt Gönner l. c., daß bei

nicht zur Abkürzung der Processe verordnet, und wer hat je die Idee gehabt, die gesetzliche Bestimmung der Fristen als zum öffentlichen Rechte gehörig anzusehen? — Hierzu kömmt noch ein neuer Grund, der im alten Processe gänzlich wegfiel. Wenn die Novelle XXIII. c. 1 verordnete:

„Sancimus omnes appellationes, sive per se, sive per procuratores, seu per defensores, vel curatores vel tutores ventilentur, posse intra decem dierum spatium, a recitatione sententiae numerandum, judicibus ab iis, quorum interest, offerri;“

so ließ sich wenigstens gedenken, daß ein, zum speciellen Besten des gesammten gemeinen Wesens, beabsichtigter Zweck, hier der Grund des Gesetzes gewesen: denn sprach der Richter am ersten Tage des Monats das Urtheil aus, und mit Ablauf des zehnten Tages war noch keine Appellation eingelegt, so war ein Rechtsstreit weniger, und also ein bedeutender Zweck erreicht, da das

---

allen peremtorischen Terminen das Staatsbeste dem Gesetzgeber vor Augen schwebte, welches allemahl durch Verewigung der Processe leidet, und daß dennoch viele derselben eine Verlängerung durch Willkühr der Parteien vertragen; und man wird dann von selbst zu der Quelle geleitet, aus welcher der Satz, die Appellations-Fatalien lassen keine conventionelle Prorogation zu, abgeleitet werden muß, wenn er anders wahr seyn soll.“ — Diese Quelle waren: die Reichsgesetze für Deutschland. Sie existiren nicht mehr, und die Quelle ist also versiegt.

spatium a recitatione sententiae gezählet wurde.

Wie weit ist hiervon die jetzige Legislation verschieden! Der Ausspruch des Urtheils bewirkt noch nichts. Es schläft, bis die Insinuation es ins Leben ruft. Die Instanz ist mit dem abgegebenen Erkenntniß zu Ende, also von einer Peremtion kann nicht mehr die Rede seyn: [17]) wenn daher keine besondere Verhältnisse eintreten, [18]) hat der siegende Theil dreißig Jahre [19]) lang das Recht, dem Gegner das ausgewirkte Erkenntniß insinuiren zu lassen, und nun fängt, nach dem Art. 443. Code de pr., und Art. 345. Pr. Ord., erst die Appellations-Frist zu laufen an. Welche ungeheure Inconsequenz würde es seyn, wenn das Gesetz, auf der einen Seite die Jahre nicht achtend, auf der andern die Momente der-

---

17) S. Code de proc. Art. 397. — Pr. Ord. Art. 330. Pigeau, T. I. S. 449. „S'il y a jugement définitif par défaut non susceptible d'opposition, ou si le jugement est contradictoire, le défaut de signification n'empêche pas, que l'instance ne soit terminée. Il n'y a pas lieu à la peremtion d'une instance qui n'existe plus."

18) Die Contumacial-Erkenntnisse müssen binnen sechs Monaten, seit ihrer Erlassung, vollstreckt werden, und sind widrigen Falls als gar nicht ergangen zu betrachten. Pr. Ord. Art. 108. Code de proc. Art. 156. — S. Pigeau, I. 470. wie dieser Effect zu verhindern, wenn die Execution, wegen Mangel eines Gegenstandes, unmöglich wird.

19) Art. 2262. C. N.

gestalt zählte, daß die Versäumung eines einzigen die Wirkung hätte, daß (da der Richter nicht mehr ex clausula generali in integrum restituiren kann) selbst der gute Wille des Gegentheils, der doch allein ein Interesse bei der Sache haben kann, (daß es der Staat nicht zu haben glaubt, zeigt das Angeführte) die geringe Versäumung zu verbessern nicht im Stande wäre! — Hiervon werde ich mich wahrscheinlich nie überzeugen, und ich nehme also an: das Geboth der Desertion, bei Verabsäumung der Appellations-Fatalien, ist nicht juris publici, sondern lediglich juris privati, und der Richter hat nicht ex officio gleichsam zu inquiriren, ob die Einlegung nicht vielleicht erst nach zwei Monaten (in Frankreich nach drei Monaten) statt hatte. Eine solche Inquisition wäre aber nöthig, um zur Entdeckung der Wahrheit zu gelangen, da, in der Regel, der Appellations-Richter, so wenig als der Unterrichter, Acten zu sehen bekömmt, und nirgend verordnet ist, daß der Richter ex officio eine Verification hier vorzunehmen hätte. Anders ist es, wenn der Appellant in contumaciam des ausgebliebenen Appellaten handelt: hier ist eine Verification verordnet, und also die Beobachtung der Fatalien von dem ersten zu zeigen. Kömmt also, im contradictorischen Verfahren, nichts von einer Versäumung der Appellations-Fatalien vor, so stellt der Richter auch weiter keine Untersuchungen und Nachfragen an, son-

dern, die Fristen für beobachtet erachtend, erkennt er in der Hauptsache.

Diese Theorie ist bisher stets bei dem hiesigen Appellations-Hofe beobachtet.

Die dritte Frage scheint mir zu seyn: wenn der Richter die Verpflichtung nicht hat, nach der Beobachtung der Fatalien zu fragen, hat er dazu das Recht? — Hierauf würde ich mit Aulus Gellius [20]) antworten: „patrocinari prorsus hoc esse non judicare." Was kann es den Richter bekümmern, wenn die Parteien sich die Nichtbeobachtung einer Frist erlassen wollen, auf deren Versäumung nirgend, wie z. B. auf die ermangelnde Autorisation der Gemeinden zum Proceß, die Strafe der absoluten Nichtigkeit gesetzt ist? — Ich halte also dafür: daß dem Richter eine solche Befugniß nicht zustehe.

Ganz verschieden ist hiervon aber die letzte Frage: ob solches Recht nicht dem öffentlichen Ministerium [21]) eingeräumt werden müsse? —

20) Gellii Noct. L. XIX. c. 2.

21) Nicht leicht ist eins der Institute der neuen Gesetzgebung Westphalens so sehr verkannt, als das den königlichen und General-Procuratoren übertragene öffentliche Ministerium. Die sonderbarsten Begriffe verband man längere Zeit, besonders im Auslande, mit diesem, von französischen Boden nach Deutschland verpflanzten, Institute. Sollte man es glauben, daß eine preußische öffentliche Behörde, welche vom hiesigen Appellations-Hofe ein widerliches Erkenntniß erhalten hatte, sich an den hiesigen Herrn General-Procurator

Dies kann nicht dem geringsten Zweifel unterworfen seyn, sobald von einer solchen Sache die Rede ist, bei der dasselbe als Haupt-

---

mit der Bitte wandte, daß es ihm gefallen möge, dieses Erkenntniß wieder aufzuheben? Auch darf man (wenn auch Mißgriffe, wie der eben angeführte, nicht zu entschuldigen seyn möchten) sich über eine Unbekanntschaft mit diesem fremden Amte keinesweges verwundern. Woher sollten die Beamten, denen es übertragen wurde, oder die, in deren Nähe es ausgeübt werden sollte, in ihren vorigen Wirkungskreisen, Bekanntschaft mit einer Function gemacht haben, die keinem in Deutschland üblichen Amte glich? — Wie es nun in der menschlichen Natur einmahl liegt, daß, in der Regel, Jeder gern geneigt ist, den ihm angewiesenen Wirkungskreis zu überschreiten, und die ihm übertragenen Gerechtigkeiten auszudehnen; auf der andern Seite aber der Mensch, aus einer angebornen Eigensucht, sich gern der controllirenden Aufsicht Anderer entzieht, da er nur gar zu gern seine eignen Talente für die überwiegenden, und also jede Aufsicht für überflüssig und sogar hinderlich hält: so entstanden auch, von beiden Seiten, hin und wieder wunderbare Prätensionen, die den bekannten, von Pitaval in den „berühmten Rechtsgeschichten" mitgetheilten Streit zwischen dem Amtmann zu Meudon und dem Procurator des Königs daselbst, mit alle dem, was diese Actenstücke comisches enthalten, in's Gedächtniß zurückriefen. Sollte man es glauben, daß eine gewisse Magistratsperson so weit ging, zu verlangen, es sollte sich der Procureur des Königs, wenn er für das Oberhaupt des Staats spräche, gleich jedem Advocaten, von einem Procurator introduciren lassen? So sehr verkannte man die Würde dieser Magistratur! Wenn sich gleich der Beamte, welcher sie bekleidet, wenn er redet, erhebt, so ist dies nicht im geringsten das Zeichen untergeordneter Verhältnisse, sondern nur der Achtung für die Organe des Gesetzes, und also dessen, der sie gab, wie es auch in der Natur der Sache liegt, daß jeder

Partei auftritt; aber zweifelhafter kann es allerdings erscheinen, wenn solche Sachen in Frage stehen, bei denen dieses nicht der Fall ist. In

---

Redner stehend spreche: denn nicht die Stimme allein, der ganze Körper trägt zum Ausdrucke unserer Empfindungen bei. . . . „Unde accidit, ut hi, qui sedentes agunt, quamvis illis maxima ex parte supersint eadem ea, quae stantibus, tamen hoc, quod sedent, quasi debilitentur et deprimantur.“ (Plin. ep. L. II. ep. 19.)

Jene Vorfälle folgten aus der Natur der Sache, und nur der konnte sich darüber wundern, der den Menschen nicht kennt. Jetzt verschwanden größtentheils jene Inconvenienzen: der Richterstand, und das ganze Publicum wurden bekannter mit dem Umfange eines Amts, welches, an Nützlichkeit und Würde, von keinem andern übertroffen wird; aber nicht vorhanden ist, um den Richter in der Ausübung seiner Functionen zu hindern, sondern um ihn stets auf denjenigen Gesichtspunct zu stellen, welcher für das gemeine Wesen der vortheilhafteste ist, ohne daß der Richter im geringsten verbunden wäre, die eröffnete Ansicht für die richtigste zu halten; das Publicum wurde mit hoher Achtung gegen ein Amt erfüllt, welches lediglich zu seinem Nutzen geschaffen ist, in welchem es sich Redner-Talente, wie die eines B . . . zu C . . ., (um die Bescheidenheit dieses Rechtsgelehrten nicht zu beleidigen, nenne ich ihn nicht) entwickeln sah, der, in den ersten Jahren seiner Amtsführung, sich den besten Mustern zur Seite stellte; eines Amts, in welchem, neben vielen minder bekannten, doch nicht minder verdienten Männern, Rechtsgelehrte, längst von Deutschland hochgeachtet, glänzen. Es war das Amt der königlichen Procuratoren für uns um so mehr neu, da (wie bereits Merlin bemerkte, aus dem die folgenden Mittheilungen größtentheils entlehnt sind) weder die Griechen noch Römer es kannten. Es verdankt vielmehr dies schöne Institut seinen Ursprung den düstern Zeiten des Mittelalters. Ein neuer Beweis, daß die Zeit, und das Bedürfniß gute Gesetze zu haben, welches das Nach-

diesen tritt das öffentliche Ministerium nur auf, um durch sein Gutachten die Conclusion des einen oder andern Theils, wenigstens in ei-

---

denken der Menschen stets rege erhält, oft eben die Wirkungen hervorbringen können, als die Speculationen des tiefsten Denkers. In der Regel sind sogar Institute, welche die Praxis in ihrem Treiben hervorrief, denen, welche die Geburt der reinen Speculation sind, bei weiten vorzuziehen, denn, (so will es die Beschränktheit des menschlichen Geistes) die lebhafteste Einbildungskraft ist nicht im Stande, alle die Combinationen sich zum voraus darzustellen, welche auf der Bahn des Lebens sich ereignen. Das zu sehr verkannte Mittelalter war besonders reich an solchen Schöpfungen, die aus dem Treiben des Lebens hervorgehen mußten, ihm verdanken wir die Verfassungen der Städte, die so viel zur Cultur des neuern Menschengeschlechtes beitrug, ihm die jetzige Einrichtung der Universitäten, wie sie vorzüglich in Deutschland und Italien bestehen, ihm so manches Handels-Institut, ohne welches keine Verbindung getrennter Länder denklich ist, und ihm das Institut des ministerii publici.

Es ist zu bewundern, daß weder Griechen noch Römer auf die Errichtung eines solchen Amts fielen, welches ihren republicanischen Verfassungen so sehr angeeignet zu seyn scheint. In einem freien Staate vorzüglich muß das Verbrechen eine schnelle und unvermeidliche Bestrafung finden, denn je stärker das Band des bürgerlichen Vereins in ihnen geknüpft ist, um so gefährlicher und um so tiefer empfunden sind auch die Angriffe, welche der Verbrecher gegen dieses heilige Bündniß unternimmt. Die Bestrafung der Verbrechen in einem freien Staate wird aber zu einem großen Unglücke, wenn sie aus der Verderbtheit der Sitten entspringt. Ist nun kein öffentlicher Ankläger da, so muß die Angeberei autorisirt, ja sie muß belohnt werden: (nur mit Abscheu kann man die Regierungs-Geschichte des Tiberius in den Werken des Tacitus lesen: „Bona inter accusatores dividuntur: et praeturae extra ordinem datae,

ner Hinsicht, zu unterstützen, nicht aber um mehr für eine derselben auszuwirken, als warum gebeten wurde. Eben diese Betrachtung bestimmt mich jedoch, dafür zu halten, daß, da der Appellat, in der Regel, darauf anträgt, daß die Appellation verworfen werde, die Rügung des versäumten Appellations-Fatale, von Seiten des ministerii publici, den Erfolg haben müsse, die Appellation für desert zu erklären, wenn auch der Appellat sich dieser Einrede nicht bedient haben sollte. 22) Es erlangt hier der Appellat weiter nichts, durch die von dem Procureur des Staats ergänzte Einrede, als warum ersterer selbst gebeten hatte. Auch würde man diese Theorie nicht auf

---

his, qui senatorii ordinis erant." Annal. I. 32.) nur durch dieses niedrige und verabscheuungswürdige Mittel der Angeberei und deren Belohnung, kann man alsdann Verbrechen verhüten, denn diese wissen die Privat Rache zu besänftigen, deren Character mehr wüthend ist, als daß er eine große Sicherheit gewährte. Ein öffentlicher Ankläger, (vorausgesetzt, daß er mit derjenigen Stärke des Characters begabt gewesen wäre, welche nöthig ist, um den eigenen Untergang nicht zu fürchten, sobald es darauf ankömmt die Bürger zu retten) wäre vielleicht den römischen Freistaat zu erhalten im Stande gewesen, indem er die ersten Unternehmungen mächtiger Ehrgeiziger zurückgedrückt und den Staat von der Infamie der Angeber gereiniget hätte. Es ist in der That auffallend, daß ein Volk, welches sich einen Censor gab, nicht darauf fiel, einen öffentlichen Ankläger zu bestellen, da beide Ideen sich einander so nahe liegen.

22) Doch gestehe ich, daß man dieser Meinung bedeutende Zweifel entgegen setzen kann.

die Ergänzung der Einrede der Verjährung anwenden können, weil hier specielle Gesetze entgegen stehen, obgleich, ohne diese, es allerdings erlaubt seyn würde.

Bath aber der Appellat nicht um Verwerfung der Appellation, sondern räumte er zum Theil die Beschwerden des Appellanten ein, so zweifle ich sehr (gern mich besserer Ueberzeugung unterwerfend), daß die von dem öffentlichen Ministerium auf Verwerfung der Appellation gerichtete Conclusion den Effect haben könne, daß ultra petitum des Appellaten erkannt werde. 23)

Die Beantwortung dieser letzten Frage ist in der Praxis des hiesigen Appellations-Hofes noch nicht vorgekommen.

---

23) Vergl. Pigeau, I. 475. f. — u. über die Verschiedenheit der Functionen der Staats-Anwälte in ihrer Eigenschaft als Haupt- und als Neben-Partei, (partie principale et jointe) Pigeau, I. 355. I. 423. Nouveau Ferrière p. Delaporte. p. 355. — Der Anfang einer sehr schätzbaren Abhandl. über das Amt der Staats-Anwälte findet sich im 1sten Hefte der jurist. Bibliothek, (Cassel) v. dem H. Pr.-Gen.-Subst. Dr. Pfeiffer. — Möchte es diesem vortrefflichen Gelehrten gefallen, das Publicum mit einer erschöpfenden Abhandlung über das Amt der Staats-Anwälte zu beschenken

# XVII.

## Kürzere Vorladungs-Frist.

Hat die verkürzte Vorladungs-Frist nur im summarischen, oder auch im ordentlichen Processe statt?

Zwischen dem H. Tribunals-Präsidenten Rosenthal zu Verden und dem H. Tribunal-Richter Oesterley zu Göttingen hat sich ein gelehrter Proceß über die Frage angesponnen:

Findet im westphälischen[1]) Civil-Processe eine Abkürzung der gewöhnlichen Vorladungs-Fristen nur in summarischen oder in allen Sachen, im Falle einer rechtmäßigen Ursache, statt? (S. Art. 22. 34. 337. Pr. Ord. und Art. 72. 76. 404. Code de proc. fr.)

Es ist im Oesterleyschen Magazin (3 B. 3 St.) von H. Rosenthal die Schlußschrift verhandelt, und von beiden Theilen zum Urtheil des Publicums geschlossen worden.

(Die Anzeige der einzelnen Actenstücke, und

---

1) Ich setze hinzu, und im französischen, da der Code de proc. hier nichts anders, als unsere Pr. Ord. verordnet.

wo dieselben zu finden, steht an eben demselben Orte beschrieben.) Da nun einmahl das Publicum nicht anders, als durch die Stimmen der Individuen, welche dasselbe ausmachen, laut zu werden vermag; so wird man mir erlauben (weit entfernt meine Stimme für die des gesammten Publicums auszugeben, vielmehr sie nur als ein Einzelner äußernd), hier meine Meinung über diese Sache niederzulegen.

Zuvörderst enthalte ich mich eines Acten-Auszuges, da die Oesterleyschen Schriften mit Recht in jedermanns Händen sind, und die Meinung des H. Rosenthal an der angeführten Stelle auf eine äußerst ausführliche Art, auseinander gesetzt ist. Ich bemerke also nur die Resultate der Untersuchungen beider Schriftsteller, und diese sind, daß H. Rosenthal behauptet:

„daß dem Präsidenten bei jeder Proceß-Art das Recht zustehe und ihm die Pflicht obliege, nach Beschaffenheit des Grades der Eil und des Nachtheils für das Recht des Klägers, die im summarischen und ordentlichen Processe vorgeschriebenen Fristen abzukürzen, ohne deshalb dem ordentlichen Processe ganz den Character des summarischen beizulegen, und dem Beklagten die schriftliche Instruction entziehen zu müssen;"

H. Oesterley hingegen dafür hält:

„daß in allen eiligen Sachen die Vorladungs-Frist abgekürzt werden könne; daß alle eilige Sa-

chen, nach dem Art. 337. Pr. Ord., summarisch behandelt werden sollen, und daß folglich nur in summarischen Sachen die Abkürzung statt findet."

Sobald H. Oesterley diesen letzten Satz dahin erweitert (welches er, nach der Entwicklung seiner Theorie, gewiß gern thun wird) „und daß folglich durch die Verstattung einer kürzern Vorladungs-Frist eine Sache, (oder, den Umständen nach, ein gewisser Incident-Punct in einer Sache) jeder Zeit summarisch wird;" so trete ich unbedingt seiner Meinung bei. Das Gegentheil annehmen wollen, hieße, (nach meiner Ansicht) den Geist der neuen Legislation, in dem gegenwärtigen Falle, verkennen.

Ein processualischer Gegenstand erfordert entweder dringende Eile, (cas d'urgence) oder er ist ein solcher, welcher nur, besonderer Umstände wegen, einer eiligern Behandlung, als der gewöhnlichen bedarf (demande qui requiert célérité). Der erste eignet sich dahin, in einer Audienz der référés, der zweite im summarischen Processe behandelt zu werden. Aber in diesem findet die gewöhnliche Vorladungs-Frist statt, sie kann, den Umständen nach, zu lang seyn; selbst im ordentlichen Processe können Incident-Puncte sich ereignen, die einer schnellern Behandlung, als diejenige ist, welche die Proceß-Ordnung (Art. 337. ff.) vorschreibt, bedürfen. In beiden Fällen ist ein eiliger Fall vor-

handen, (cas qui requiert célérité) und der Präsident kann die gewöhnliche Vorladungs-Frist abkürzen. Was ist hiervon die Folge? — Die Sache, d. i. der Fall (cas), muß nothwendig in der Audienz, welche, auf den Grund dieser Erlaubniß, ausgewirkt ist, mündlich verhandelt werden, und dies muß so gewiß geschehen, daß, um den Beklagten gar keinen Vorwand des Verzugs zu gestatten, er sogar die Erlaubniß hat, in der angesetzten Audienz seinen Procurator zu bestellen (Art. 34). Wenn nun aber, wie hieraus schon deutlich wird, der Wunsch des Gesetzes ist, daß, wo möglich, der ganze Handel, (cas) in dem ersten Termine entschieden werde, wie ist es da möglich anzunehmen, daß eine förmliche, schriftliche Verhandlung vorher statt haben könne? Der ganze Zweck des Instituts wäre ja verfehlt. Doch, so meint H. Rosenthal, der Präsident hat auch das Recht die Verhandlungs-Fristen abzukürzen. [2]) — Ich halte diese Meinung für einen Irrthum. Nie darf sich ein Richter die Befugnisse, den vom Gesetze vorgeschriebenen gewöhnlichen Gang zu verlassen, beilegen, wo ihm nicht das Gesetz selbst dazu die Erlaubniß ertheilte. Wo steht jene Erlaubniß geschrieben? Kann gleich das ganze Tribunal, den Umständen nach, derglei-

2) Oesterley, Mag. III. 3. p. 350.

chen Fristen verlängern, [3]) so steht es nicht einmahl diesem zu, solcherlei Abkürzungen zu verordnen.

Aeußerst selten wird aber nur eine im ordentlichen Processe zu behandelnde Sache, durch die Erlaubniß mit kürzerer Frist vorzuladen, in eine summarische verwandelt werden. (Von den an sich summarischen kann nicht weiter die Rede seyn: sie bleiben, was sie gleich Anfangs waren.) Der Fall, (cas) welcher die kürzere Frist erforderte, wird, in der Regel, ein Incidentpunct seyn, dessen Entscheidung in dem Gange des Hauptprocesses und seiner Behandlung nicht das Geringste abändert. Dieser Incidentpunct muß aber nothwendig summarisch behandelt werden. Das Wesen des ganzen Institutes gebiethet es.

Das Resultat obiger Betrachtungen wäre also:

Die kürzere Vorladungs-Frist wird erbethen:

a) in einer an sich summarischen Sache: — der summarische Proceß bleibt unverändert;

b) in einer an sich nicht summarischen Sache;

α) in der Hauptsache selbst: — dadurch, daß der Richter die kürzere Frist bewilligt, beurkundet er, daß die Sache, obgleich ihrer ursprünglichen Beschaffenheit nach nicht summarisch, durch die Umstände zu ei-

3) Pigeau, f. 187.

ner solchen werde; es hat also summarische Verhandlung statt;

β) in einem Nebenpuncte: — dieser wird summarisch behandelt; die Hauptsache verändert ihren Character nicht. [4])

Welche Mittel der Beklagte anzuwenden, wenn, besonders im Falle a. α., der Richter, gegen die Rechte, kürzere Fristen als die gewöhnlichen gestattet, hat Pigeau, Thl. 1. S. 186 seines Werkes ausgeführt, worüber, als zur Entscheidung der gegenwärtigen Frage nicht gehörend, ich mich hier nicht verbreiten will.

Obige Theorie ist, unter meinem Präsidio, von dem Tribunale zu Einbeck stets beobachtet.

---

4) S. ein Beispiel bei Pigeau T. II. p. 361. Vergl. Merlin, répert. s. v. délai, dess. Questions de droit T. III. p. 161.

# XVIII.

## Fallimente der Kaufleute. — Bisherige Handels-Gesetze.

In wiefern gelten die bisherigen Handels-Gesetze, und besonders die Concurs- und Banquerouttirer-Ordnungen, annoch jetzt in dem Königreiche Westphalen?

Das Gesetzbuch Napoleons ist unstreitig als die erste, nicht aber als die einzige Quelle des französischen Civil-Rechts anzusehen. Keineswegs wird dieses durch jenes erschöpft. 1) Sein Zweck ist vielmehr vorzüglich, nur das Objectiv-Allgemeine zu enthalten, daher es in der engsten Verbindung (wie Seidenstické r 2) sehr richtig bereits bemerkte) mit allen den Gesetzen und Gesetzes-Sammlungen steht, die blos den Zweck haben, das allgemeine Civil-Recht auf besondere Gattungen von Personen und Geschäfte zur Anwendung zu bringen, und es ihnen anzupassen. Gesetzes-Sammlungen dieser Art sind der Code

1) Seidenstickér's Einl. in den C. N. S. 284. Zachariä Handb., 2. Aufl., Thl. 1. S. LXXXII. f. u. die das. all. Schriftst.

2) l. c. S. 289.

de commerce und der Code rural, wovon der letztere jedoch noch nicht erschienen ist. Eine Menge, das Civil-Recht ergänzender Bestimmungen enthält auch der Code de procédure civile.

Die Constitution gab dem Königreiche Westphalen das Gesetzbuch Napoleons zum Codex des Civil-Rechts, aber ohne ihn durch die Ergänzungs-Gesetzbücher zu vervollständigen. Wahrscheinlich schienen diese dem erhabenen Gründer des Königreichs zu sehr von Local-Umständen abhängig, als daß es passend geachtet hätte, auch sie einem Volke, für welche sie nicht abgefaßt, darzubringen. Es kann daher nicht fehlen, daß das Gesetzbuch Napoleons in Ländern, wo es nicht auf die bemerkte Weise durch Neben-Gesetzbücher ergänzt wird, sehr unvollständig erscheine. Doch diese Ansicht wird verschwinden, und jeder der neuen Gesetzgebung daraus erwachsende Vorwurf als ungegründet wegfallen, sobald man die gegenwärtige Angelegenheit aus dem rechten Gesichtspuncte ansieht.

Das Gesetzb. N. enthält das Civil-Recht für Westphalen nur in eben der Maaße, als es solches für Frankreich enthält. In allen den Materien, welche zu seiner rechtlichen Sphäre nicht gehören, bestehen annoch die alten Gesetze der verschiedenen Provinzen, woraus das Königreich zusammengesetzt ist, denn „die römischen, canonischen und ehemahligen deutschen Reichsge-

setze, wie auch die besonderen Gesetze und Verordnungen der Länder, woraus das Königreich besteht, imgleichen die allgemeinen und örtlichen Observanzen und Gewohnheiten, Statuten und Vorschriften haben nur, in Ansehung derjenigen Gegenstände, worüber das Gesetzbuch Napoleons Verfügungen enthält, aufgehört die Kraft eines allgemeinen oder besonderen Gesetzes zu haben." 3)

Diese verschiedenen Gesetze, welche solchergestalt der C. N. neben sich bestehen läßt, treten ganz in die Stelle der französischen speciellen Gesetzbücher, die Westphalen nicht mit recipirte. Eine Folge hiervon ist nun, daß, obgleich das Königreich ein einziges Haupt-Civil-Gesetzbuch hat, es doch, z. B., so viel Handels- und Landwirthschafts-Gesetzbücher habe, als es ehemahlige verschiedene Territorien im Königreiche gab. Ein Umstand, welcher die Functionen des Cassations-Hofes in Westphalen unendlich schwieriger, als die des französischen, macht: da alle jene Neben-Gesetze, wenn sie nicht beobachtet wurden, die Veranlassung einer Cassation werden können. Wollte man das Gegentheil annehmen (obgleich stets das k. Decret vom 21sten Sept. 1808 entgegen stehen würde), so müßte unsere Civil-Gesetzgebung als die mangelhafteste von der Welt erscheinen, da das

3) K. Decr. v. 21sten Sept. 1808.

Gesetzbuch Napoleons sehr bedeutende Gegenstände derselben gänzlich unberührt läßt. [4]) Hierher gehören vorzüglich die mehrsten aus Handels-, und alle aus Wechsel-Angelegenheiten entstehenden Verhältnisse. Wie es bei den Fallimenten der Kaufleute zu halten, ist, z. B., nirgend, weder im C. N., noch in der Pr. Ord., vorgeschrieben. Ein richterliches Versehen, wodurch auswärtige Gläubiger gänzlich um den Betrag ihrer Forderungen an den Cridar gebracht werden könnten, würde es aber seyn, ein kaufmännisches Falliment, als eine gewöhnliche cessio bonorum, nach Maaßgabe des C. N. und der Pr. Ord., behandeln und beurtheilen zu wollen. Ein Falliment kann, nach französischen Grundsätzen, nur ein Kaufmann machen. [5]) Der C. N. adoptirt ganz diesen Grundsatz, indem er nichts über Fallimente verordnet, sondern diese ganze Materie dem Code de commerce übrig läßt, der sie mit der größten Vollständigkeit abhandelt. Da wir den Code d. c. nicht annahmen, so gelten also in Falliment-Sachen die alten Gesetze, ja sogar der alte Concurs-Proceß (welcher mit dem im Code de com. vorgeschriebenen Ver-

---

4) Aus diesem Grunde die vielfältigen dem C. N. gemachten Vorwürfe der Unvollständigkeit; welche verschwinden, sobald man die Sache aus dem rechten Gesichtspuncte ansieht.

5) Code de comm. art. 437. 438. Pandectes franç. T. XX. p. 218.

fahren die größte Aehnlichkeit hat), schon aus dem allgemeinen Grunde, weil dieser Proceß noch durch keinen andern ersetzt ist, die im 12ten Tit. des 6ten B. der Pr. Ord. enthaltenen Vorschriften aber in Falliment-Sachen gar nicht anzuwenden stehen, [6]) welcher allgemeine Grund über jeden Zweifel dadurch überhoben wird, daß die Pr. Ord., Art. 834., ausdrücklich vorschreibt:

„Uebrigens sollen die in dem gegenwärtigen Titel enthaltenen Verfügungen dem, was in Rücksicht auf den Handel durch Gesetze und Gewohnheiten bestimmt ist, keinen Eintrag thun, indem an diesen für jetzt nichts geändert ist."

---

6) Verführe man nach diesem Processe, der auf die Güter-Abtretungen der Nicht-Kaufleute berechnet ist, (deren Gläubiger nicht nur in der Regel in der Nähe sind, sondern deren Schulden meistens in Hypothek-Schulden bestehen, oder doch wenigstens bestehen könnten) so könnten daraus die größten Nachtheile für die auswärtigen Gläubiger des cridarii entstehen. Dieser brauchte nur, behuf des contradictorischen Verfahrens über das beneficium cessionis bonorum, einige seiner nahewohnenden Gläubiger vorzuladen: diese consentirten in Alles, theilten sich brüderlich in das Vermögen des cridarii, und ließen den Fremden, die von allem nichts erfahren hätten, das leere Nachsehen. Durch ein solches Verfahren würde Westphalens Kaufmannschaft im Auslande allen Credit verlieren. So etwas kann das Gesetz nicht gewollt haben. Bei Nicht-Kaufleuten treten diese Bedenklichkeiten nicht ein, da es jedes Fremden Schuld ist, wenn er seiner an einen Westphalen habenden Forderung nicht eine solche Form, durch ein gerichtliches Erkenntniß oder Notariats-Instrument, verschaffte, die eine Hypothek begründet.

Diese Grundsätze sind am 27sten April 1811 von der zweiten Section des Appellations-Hofes, in Sachen der Handels-Gesellschafter Gebrüder Daniel, in Betreff der Rechtswohlthat der Vermögens-Abtretung, zur Anwendung gekommen.

Es trugen diese, als Appellanten, gegen ein Erkenntniß des Districts-Tribunals zu Celle vor:

Durch die ungünstigen Zeitumstände wären sie in die traurige Lage versetzt, ihre andringenden Gläubiger nicht befriedigen zu können, daher sie sich gedrungen gesehen, um sich und ihre Familie dem Hungertode zu entreißen, das beneficium cessionis bonorum zu imploriren, und ihre, seit länger als zwanzig Jahren bestandene, Handelsgesellschaft für fallirt zu erklären.

Zu diesem Ende hätten sie sich am 23sten März d. J., unter Assistenz ihres Anwaltes, nach Vorschrift der bürgerlichen Pr. Ord. Art. 828., 7) auf das Secretariat des hiesigen Districts-Tribunals begeben, und daselbst sowohl ihre Handels-

7) Es war dies ein Fehler der Appellanten; denn da sie selbst die alte Legislation angewendet wissen wollten, so hätten sie nicht damit anfangen sollen, selbst die neue zu beobachten. Hätten sie dieses nicht gethan, sondern gleich Anfangs, mit Beziehung auf den Art. 834. Pr. Ord. u. das k. Decr. v. 21. Sept. 1808., das alte Verfahren erbeten, so würde höchst wahrscheinlich auch in der ersten Instanz ihren Wünschen gemäß erkannt seyn.

bücher als die General-Bilance ihres sämmtlichen Activ- und Passiv-Vermögens deponirt; worauf sie, in einem dem k. Tribunale übergebenen Gesuche, die Rechtswohlthat der Vermögens-Abtretung und die Ergreifung der zu diesem Behufe nöthigen Maaßregeln, und Sistirung alles speciellen gerichtlichen Verfahrens gegen sie, imploriret hätten. —

Das k. Tribunal hatte hierauf folgendes Erkenntniß abgegeben:

„Nach Ansicht und Vorlesung der am drei und zwanzigsten März ein tausend acht hundert eilf von den Imploranten bei dem Greffier des Tribunals eingereichten General-Bilance, des am sieben und zwanzigsten desselben Monats von ihnen bei dem Tribunal eingereichten Gesuchs; des eintausend zwei hundert fünf und sechszigsten und folgenden Artikels des Gesetzbuchs Napoleons; wie auch des acht hundert und acht und zwanzigsten und folgenden Artikels der bürgerlichen Proceß-Ordnung;

Nach Anhörung des königlichen Procurators;

In Erwägung, daß das bei der nachgesuchten Rechtswohlthat der Vermögens-Abtretung einzuleitende Verfahren für contradictorisch zu halten ist, indem den Gläubigern unbenommen bleiben muß, ihre Einwendungen gegen die Zugestehung dieser Rechtswohlthat vorzubringen;

In Erwägung, daß das Gericht verpflichtet

ist, für die Erhaltung des Vermögens eines sich für insolvent erklärenden debitoris zu sorgen;

das Tribunal:

daß den Imploranten die Rechtswohlthat der Vermögens-Abtretung noch zur Zeit nicht zu gestatten, vielmehr ihnen aufzugeben sey, das darauf gerichtete Gesuch ihren Creditoren gehörig insinuiren zu lassen; weniger nicht, daß ein curator bonorum in der Person des Procurators Echte anzuordnen, und diesem zu überlassen sey, die erforderlichen Maaßregeln zur Sicherstellung des Vermögens der Imploranten zu ergreifen."

Die Appellanten fanden in diesem Erkenntnisse zwei Beschwerden, welche im Wesentlichen darin bestanden, daß nach dem ersten Entscheidungs-Grunde das neue, in der Pr. Ord. enthaltene, nach dem zweiten aber das alte Verfahren (indem ein curator bonorum bestellt) angewendet worden sey, welches beides nicht mit einander zu vereinigen, indem die zweite Maaßregel nur dann anwendlich, wenn, in Hinsicht der ersten Beschwerde, dem Gesuche der Appellanten gemäß erkannt wäre. Die Appellanten führten ferner, in Betreff der ersten Beschwerde, an: Das von dem Tribunale verordnete contentiöse Verfahren über die Zustehung der Rechtswohlthat der Güterabtretung könne nur dann statt finden, wenn schon eine ausgeklagte Schuld eines Gläubigers vorhanden sey,

oder wenn jene Rechtswohlthat nur überhaupt, gegen einen gewissen Gläubiger impetrirt werde. Alsdann sey es allerdings gesetzlich, daß dieser Gläubiger, um seine Einreden vorbringen zu können, auch vorgeladen werden müsse, gerade so, wie es sich, z. B., mit dem beneficio dationis in solutum oder adjudicationis, nach der Ober-App. G. Ord. P. II. T. 15. § 20., verhielte. In dem gegenwärtigen Falle aber sey nicht von einer Güter-Abtretung gegen gewisse Gläubiger die Rede, sondern von dem Fallissement eines Handelshauses, nicht von der Zufriedenstellung einzelner Gläubiger, durch eine gerichtliche Vermögens-Abtretung, sondern von einem förmlichen Concurse aller Gläubiger, als einer Universitas. Eine Insinuation des Gesuchs um Zugestehung der Rechtswohlthat der Vermögens-Abtretung an alle Gläubiger, wovon bei weiten der größte Theil im Auslande wohne, enthalte eine relative Unmöglichkeit, sowie eine solche Insinuation an unbekannte Gläubiger sogar absolut unmöglich sey. Der Gesetzgeber habe diese Schwierigkeiten vor Augen gehabt, und daher, nach dem Art. 838. der Pr. Ord., das alte Verfahren bei den Fallimenten der Kaufleute ausdrücklich für fortdauernd gültig erklärt.

Ob nun gleich der Appellant durch seine ersten, nach Maaßgabe der neuen Gesetzgebung gemachten, Schritte, wahrscheinlich selbst die Verfügung des Richters erster Instanz veranlaßt hatte;

denn war von einer gewöhnlichen cessio bonorum eines Nicht-Kaufmanns, und nicht von einem Fallissement, die Rede, so mußte allerdings das im Tit. 12. des 6ten Buchs der Pr. Ord. vorgeschriebene contradictorische Verfahren statt haben (wo jedoch dann die damit nicht vereinbare Verfügung einer Güterpflege und Versiegelung wegfallen mußte, die nirgend, weder bei einer gültigen noch nichtigen cessio bonorum, verordnet ist); so fand sich doch der Appellations-Hof bewogen, da den Parteien in der Appellations-Instanz das Recht zusteht, ihre Anträge zu verbessern und zu berichtigen, auch die Rechtsgründe näher zu entwickeln, abzuändern, und neue, in der ersten Instanz nicht gebrauchte, vorzubringen, folgendes abändernde Erkenntniß, in Gemäßheit der conformen Anträge des Herrn Blumenbach, General-Procurator-Substitut, abzugeben.

## Urtheil.

Die zweite Section des königl. Appellations-Hofes:

Nach Ansicht des 3ten Art. des königl. Decr. vom 21sten Sept. 1808., desgl. des Art 834. der Pr. Ord;

In Erwägung, daß weder das Gesetzbuch Napoleons, noch die Proc. Ord., die bisher gültig gewesenen Handelsgesetze, und Vorschriften, welche Proceduren in Handels-Sachen zu beobach-

ten, aufhebt, vielmehr letztere gar nicht zu der rechtlichen Sphäre des C. N. gehören, in der Pr. Ord. aber die ausdrückliche Vorschrift vorhanden, daß die im 12ten Tit. des 6ten Buchs enthaltenen Verfügungen, dem, was in Rücksicht auf den Handel durch Gesetze und Gewohnheiten bestimmt ist, keinen Eintrag thun sollen, da an diesen für jetzt nichts geändert ist;

In Erwägung, daß die in dem ehemahligen Hannoverschen Lande vorhandenen Verordnungen über Fallimente, namentlich die vom 26sten März 1726. und 13ten Jan. 1750., allerdings, in sofern sie auf Kaufleute anzuwenden sind, für Handelsgesetze, und also für annoch jetzt anwendbar, angesehen werden müssen, auch, wenn man das Gegentheil annehmen wollte, eine sehr große Lücke in der Gesetzgebung vorhanden seyn würde;

In Erwägung, daß es in der Notorietät beruht, daß die Appellanten Handelsleute sind, und daher nicht daran zu zweifeln steht, daß ihr Falliment vorzüglich auf ihre Handelsverbindungen Bezug haben werde, daher auch die nicht aufgehobenen Hannoverschen, in Falliment-Sachen erlassenen, Verordnungen, nicht aber die Lehre des C. N. von der cessio bonorum und die Vorschriften der Pr. Ord., anzuwenden, obgleich irrig in prima instantia von dem Appellanten selbst zuerst darauf angetragen;

Erkennt:

daß die von dem judice a quo am 30sten März d. J. abgegebene Verordnung aufzuheben, sodann aber, mit Beobachtung der bisherigen gesetzlichen Förmlichkeiten, ein gewöhnliches Concurs-Verfahren gegen den Appellanten einzuleiten, und dieserhalb das Nöthige in prima instantia ferner zu verfügen.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, Stromeyer, v. Strahlenheim, v. Beulewitz, v. d. Wense, Wedemeyer, App. Richter. Es concludirte H. Blumenbach, Subst.-Proc.-Gen.

---

# XIX.

## Probe-Jahr im Ehescheidungs-Proceß.

Kann annoch in der Appellations-Instanz auf das im 259sten und 260sten Art. C. N. verordnete Probe-Jahr erkannt werden, wenn dieses vom Richter erster Instanz nicht geschehen?

Das Gesetzbuch Napoleons schreibt Art. 259. vor:

„Ward wegen harter und grausamer Mißhandlungen oder grober Beleidigungen die Ehescheidung nachgesucht: so bleibt es den Richtern, wenn gleich die Klage gehörig begründet ist, unbenommen, die Ehescheidung noch nicht sogleich auszusprechen. Sie berechtigen in diesem Falle, ehe sie entscheiden, die Frau, sich der Gesellschaft ihres Mannes zu entziehen, ohne ihn, wenn sie es nicht für gut findet, bei sich aufnehmen zu müssen, und verurtheilen den Mann, wenn sie selbst keine zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse hinreichende Einkünfte hat, ihr eine jährliche, seinem Vermögen angemessene, Unterhaltungs-Summe zu bezahlen."

Jeder Richter wird sogleich von der Weisheit dieser Vorschrift ergriffen werden. [1]) Nur mit dem äußersten Widerwillen, läßt das Gesetz Ehescheidungen zu. Durch sie werden Familien zerrissen und die heiligsten Bande gelöst. Kinder werden durch sie in die schreckliche Lage gebracht, in der Mitte zwischen feindseligen Aeltern zu stehen, zweifelhaft, ob sie es mit dem Vater oder der Mutter, mit beiden, oder mit keinem, halten sollen. Und sollte es wohl möglich seyn, es mit beiden zu halten, wenn die Ehescheidung selbst nothwendig des einen Gatten Verbrechen oder Laster aussprach? Es ist dieses moralisch unmöglich. Das Gesetz zögert also die folgenschwangere Trennung auszusprechen. In diesem Sinne ward der gegenwärtige Artikel abgefaßt. [2]) Den Ehebruch des Gatten verzeiht niemand, dem Tugend noch werth ist, wohl aber begangene Thätlichkeiten und Beleidigungen. Im ersten Falle würde Aufschub des Trennungsurtheils Ungerechtigkeit gegen den Unschuldigen seyn; im zweiten kann er die Veranlassung der Aussöhnung, und so des neuen Glücks einer Familie werden. Wie wird der Richter einst von den Kindern gesegnet seyn, der, durch das ihm vom Gesetze erlaubte Zögern, das Glück einer Familie wieder herstellte. Gewiß kann man daher

---

1) S. Maleville analyse, ad h. a. Vergl. S. 101. dieses Thls.

2) S. Locré, T. III. S. 223. f.

die Richter nicht genug einladen, von dieser ihnen nachgelassenen Erlaubniß Gebrauch zu machen.

Wenn dies aber der Richter erster Instanz nicht that, darf es dann noch, auf den Antrag des Appellanten, der Appellations-Richter?

Das Appellations-Gericht zu Besançon zweifelte hieran: 3)

„In Erwägung, daß zwar die ersten Richter die Ehescheidung nicht unmittelbar zuzulassen brauchten, sondern, nach Maaßgabe des 259sten und 260sten Art. des C. N., ein Probejahr anordnen konnten; daß jedoch der Appellations-Hof nicht mit der Gewalt bekleidet ist, annoch solchen Aufschub zu verordnen, da dieser einen Theil der Formalitäten und Fristen ausmacht, welche der Entscheidung des ersten Richters zum voraus gehen müssen, und da, nach Maaßgabe des 262. Art. C. N., in der Appellations-Instanz die Ehescheidungs-Sachen als eilige zu behandeln und zu entscheiden sind.“

Die Verfasser der Jurisprudence française 4) fanden schon diesen vom Appellations-Hofe zu Besançon aufgestellten Entscheidungs-Grund nicht passend, und ich glaube sehr mit Recht.

„Wie kann man, sagen sie, annehmen, daß der Appellations-Hof unwiderruflich die Meinung

3) S. Jurisprudence du C. N. T. IV. S. 219.

4) T. IV. p. 222.

der ersten Richter anzunehmen verpflichtet seyn sollte? Er ist Richter über alles dasjenige, was der Entscheidung des Tribunals erster Instanz unterworfen war. Findet man irgendwo eine Ausnahme von diesem Grundsatze? Unstreitig schuf sie der Appellations-Hof von Besançon selbst, indem er behauptete, daß der fragliche Aufschub einen Theil der Formalitäten und Fristen ausmache, welche der Entscheidung des Richters in erster Instanz zum voraus gehen mußten. Dies heißt einen nicht bewiesenen Satz durch einen gleichen beantworten. Wo steht es geschrieben, daß dieser Aufschub wesentlich mit den Formalitäten der ersten Instanz zusammenhänge? Wo steht es, daß der Appellations-Hof nicht das Recht habe, ein gleiches Resultat zu bewirken? Vielleicht in dem Art. 262., welcher vorschreibt, daß die Ehescheidungs-Sachen in der Appellations-Instanz ohne Verzug abgeurtheilt werden sollen? Aber bestimmt denn diese Vorschrift, daß das Gericht der Erlaubniß beraubt seyn soll, den gesetzlichen Aufschub zu verordnen? u. s. w. Es scheint uns also, daß man diesem Bewegungs-Grunde keinen Beifall schenken müsse."

Die zweite Section des Appell. Hofes war am 27. April 1811. in Sachen Schmidt gegen Schmidt, [5]) wie das nachfolgende Urtheil

---

5) S. Abhandl. Nro. VII. S. 84.

zeigt, derselben Meinung, und gewiß mit Recht.

Jener gesetzliche Aufschub, den der Richter bestimmen kann, (nicht, wie Hr. Dabelow in seinem Commentar, sehr irrig glaubt, muß) gehört nicht zu den Instructions-Formen; (diese müssen sämmtlich von dem Richter erster Instanz vorgenommen werden) sondern zum Resultat der Formen, dem Urtheile. Gleichwie nun aber die Instruction zur Basis des Erkenntnisses erster Instanz dient, so dient sie auch zu der Grundlage des Urtheils in der Appellations-Instanz. Findet der Richter in dieser, daß die Instruction ein anderes Resultat hätte hervorbringen müssen, als in erster Instanz geschehen ist, so steht es ihm frei, seine Meinung an die Stelle der des Richters erster Instanz zu setzen. Findet er daher in der Instruction die Hoffnung einer Wiederaussöhnung unter den Gatten, so verordnet er den Aufschub, den der erste Richter hätte verordnen sollen.

In der vorliegenden Sache hatte der Appellations-Hof durch ein Vorerkenntniß die Niederlegung der Zeugenverhöre erster Instanz verordnet, um daraus abzunehmen, ob harte und grausame Beleidigungen von dem Appellanten gegen seine Gattinn begangen seyn oder nicht. Das Erkenntniß erster Instanz wollte nämlich die Ehe wegen solcher Beleidigungen scheiden.

Die Beleidigungen hatten, nach jenem Protocolle, allerdings einen sehr harten Character. Der

Appellant hatte seine Frau blau geschlagen, es waren Splitter bei dem Schlagen von dem angewandten Stocke gesprungen. Da aber

a) die Parteien nicht unter die Classe der gebildeten Staatsbürger gehörten (sie sind Handwerksleute);

b) da die Eifersucht des Mannes Veranlassung zu seinen Thätlichkeiten gewesen war;

c) da Kinder aus der Ehe vorhanden:

so glaubte der Appellations-Hof, in den beiden letzten Umständen Hoffnung zur Wiederaussöhnung der Parteien, in dem ersten aber einige Entschuldigung für den Appellanten zu finden, und erließ das hier folgende

## Urtheil.

Die zweite Section des Appellations-Hofes:

Nach Ansicht des 231sten und 259sten Art. des C.N.;

In Erwägung, daß diejenigen Beleidigungen, welche sich der Appellant gegen die Appellatinn hat zu Schulden kommen lassen, und worauf von dem Richter der ersten Instanz ein Ehescheidungs-Erkenntniß begründet worden, nach Maaßgabe der producirten Zeugenaussagen, allerdings für harte und grausame Mißhandlungen anzusehen, mithin aus dieser Ursache eine Scheidung allerdings für zulässig zu achten;

In Erwägung, daß es den Richtern unbe-

nommen, wenn wegen harter und grausamer Mißhandlungen oder grober Beleidigungen die Ehescheidung nachgesucht, wenn gleich die Klage gehörig begründet ist, die Ehescheidung noch nicht sogleich zuzulassen;

In Erwägung, daß in gegenwärtiger Sache Umstände vorhanden, welche den Appellations-Hof veranlassen, von dieser gesetzlichen Berechtigung Gebrauch zu machen;

Erkennt:

daß zwar die sententia a qua des Tribunals zu Neuhaldensleben, jedoch nur in sofern, zu bestätigen, daß die Execution des Erkenntnisses annoch aufzuschieben; daher denn die Appellatinn hierdurch berechtigt wird, sich der Gesellschaft ihres Ehemannes zu entziehen, ohne ihn, wenn sie es nicht für gut findet, bei sich aufnehmen zu brauchen; der Appellant aber zu verurtheilen, (wenn Appellatinn keine, zu Bestreitung ihrer Bedürfnisse hinreichende Einkünfte haben sollte) ihr eine jährliche, in monatlichen ratis praenumerando zu entrichtende Unterhaltungssumme zu bezahlen, worüber, auf Anrufen der Parteien (im Fall dieselben sich hierüber nicht vergleichen sollten) der Richter erster Instanz das Nöthige festzusetzen, und worauf sodann, nach Ablauf des Probejahrs, nach Maaßgabe des 260sten Art. des C. N., das Weitere zu ver-

ordnen, unter Verurtheilung des Appellanten in sämmtliche Kosten dieser Instanz.

Gegenwärtig die H. H. v. Strombeck, Präs., Stromeyer, v. Strahlenheim, v. Beulewitz, v. d. Wense, Wedemeyer, App. Richter. Concl. H. Blumenbach, Subst.-Proc.-Gen.

# XX.

## Nachtrag zu der Abhandlung Nro. XVI. (S. 176.) über die Nothfrist der einzulegenden Appellation.

Nachdem obige Abhandlung bereits abgedruckt war, kam mir erst die Schrift des Herrn General-Procurators bei dem hiesigen Appellations-Hofe, Drs. Hagemann, „über Fristen und Termine, nach französisch-westphälischen Rechten" (Hannover 1811. 8vo.) zu Gesicht. (Ein Werk, wodurch der Herr Verfasser den Beweis abgelegt, ein eben so gründlicher Kenner der neuen Legislation zu seyn, als dieses von ihm Deutschland längst, in Hinsicht der bisherigen Rechte, anerkannte.) In diesem Werke befindet sich Seite 22. f. f. eine Erörterung der Frage: „Muß der Richter die Desertion eines Rechtsmittels ex officio beachten, wenn sie die Partei selbst nicht fordert?" Da das angeführte Werk unstreitig, bei der Erscheinung des gegenwärtigen Heftes, in den Händen eines jeden, den die französische und westphälische neue Rechtswissenschaft interessirt, seyn wird: so beschränke ich mich darauf, anzuführen, daß der H. Verfasser die aufgeworfene Frage im Ganzen

so beantwortet, als dies von dem H. General-Procurator Grafen Merlin, von mir angeführter Maaßen, geschehen ist, (ohne sich jedoch sämmtlicher von diesem Rechtsgelehrten angeführten Gründe zu bedienen) und daß also die Meinung des Hrn. Verfassers von der meinigen sehr wesentlich abweicht. Es wird dieses niemand befremden, der überlegt, daß für jene Meinung bedeutende Gründe sprechen; daß selbst das Cassations-Gericht Frankreichs sich noch nicht über die Beantwortung der aufgestellten Frage bestimmt erklärt hat; und daß sich also die französische Jurisprudenz über diesen wichtigen Punct bis jetzt keinesweges völlig feststellte. Darin aber weicht der H. Gen. Pr. Hagemann doch bedeutend von der Meinung Merlins ab, (S. 31. 32.) daß er nicht wie dieser behauptet, „es sey eine gebiethende Pflicht (devoir impérieux) für den Richter, ex officio eine Untersuchung, ob die Appellations-Fatalien beobachtet seyen, oder nicht, anzustellen;" sondern daß er den Grundsatz festsetzt:

„in dem Falle durfte das in der weiteren „Instanz (ohne Berücksichtigung der versäumten „Appellations-Fatalien) gefällte Urtheil — vermöge „des Grundsatzes: quod non est in actis, non est „in mundo — nicht als ungültig zu betrachten „seyn; wenn der Richter, weder aus den Acten, „noch aus der Plaidoirie, den Verlauf dieser Nothfrist wahrnehmen konnte;"

wobei H. Gen. Pr. Hagemann ausdrücklich, in der hinzugefügten Note 14., äußert, daß Merlin, durch seine angeführte Behauptung, wie er glaube, zu weit gehe, und daß dessen Grundsätze hierunter (in Hinsicht des behaupteten „devoir impérieux pour le juge") von den französischen Gerichten nicht adoptirt würden.

Weßwegen ich aber vorzüglich die gegenwärtigen Bemerkungen hier mittheile, ist der Umstand, daß sich die angeführte, S. 33. befindliche Note 14. des Hrn. Gen. Pr. Hagemann mit den Worten:

„Uebrigens sind die von mir aufge„stellten Grundsätze auch bei dem Ap„pellations-Hofe zu Celle bis jetzt „befolgt;"

schließt, und daß ich S. 215. d. H. ebenfalls sagte:

„diese Theorie (nämlich die bis dahin von mir angeführte, nicht die folgende, welche sich über Fälle verbreitet, die vor dem hiesigen Gerichte noch nicht vorgekommen sind) ist bisher stets von dem hiesigen Appellations-Hofe beobachtet."

Hier scheint es, als wenn diese beiden Behauptungen sich widersprächen, da die von dem Hrn. Gen. Pr. Hagemann und mir aufgestellten Theorien fast gänzlich von einander abweichen. Es ist jedoch nur ein scheinbarer Widerspruch hier vorhanden. Der Hr. General-Procurator Hagemann hatte durch jene Bemerkung (wie er mir

erlaubt hat in seinem Namen hier zu erklären) lediglich die Absicht, zu attestiren, daß die Theorie des hiesigen Appellations-Hofes mit seiner Meinung, in sofern sie von der des Hrn. Merlin abweicht, und so wie solches S. 31. und in der Note 14. von dem Hrn. Verfasser vorgetragen, übereinstimme. In Hinsicht dieser Abweichung des Hrn. Gen. Pr. Hagemann von der Meinung des Hrn. Merlin, stimmt aber meine Theorie mit der seinigen völlig überein, indem ich noch ungleich weiter gehe.

Es ist also gewiß:

daß beide Sectionen des hiesigen Appellations-Hofes (von der ersten hat es mir der Hr. General-Procurator Hagemann selbst bezeugt) nie ex officio in contradictorischen Sachen (etwas ganz anderes ist es, wenn par défaut erkannt werden soll) untersuchten, ob das fatale interp. appel. beobachtet sey, oder nicht; noch weniger aber ex officio eine Sache wegen verabsäumter Appellations-Fatalien verwarfen. Eine Theorie, die, ohne Ausnahme, auch stets von den Appellations-Höfen Frankreichs beobachtet wurde, [1]) und die,

---

1) Erst am 19. März 1808. stellte der Appellations-Hof zu Turin in einem, in der Jurisprudence sur la procédure, T. III. p. 203. mitgetheilten Erkenntnisse, eben diese Grundsätze auf, welche von den V. V. dieses Werks kurz dahin ausgedrückt werden:

wie bemerkt, von der Hälfte der section civile

---

„L'appel non interjetté dans les trois mois, n'est pas recevable.

Il est nul aussi, lorsqu'il est signifié au domicile élu dans un commendement, qui ne peut être relatif qu'aux actes qui sont la suite et l'effet direct du commendement.

L'appel signifié au domicile élu pour la procédure en première instance, est aussi frappé de nullité.

Dans tous ces cas, cependant, la nullité peut se couvrir par le fait de celui, qui pouvoit la relever."

Genau stimmt diese Theorie mit der meinigen: daß die ehedem von dem Richter zu erlangende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, gegen die Verabsäumung der Fatalien, jetzt nur von dem Gegentheile zu erlangen stehe, überein. — Uebrigens drückt sich das gedachte Appellations-Gericht, in den Gründen des Erkenntnisses dahin aus:

„Considérant que, s'il n'étoit question que de déterminer les effets qu'a pu produire l'exploit d'appel . . . il n'y a nul doute, que cet exploit ne peut qu'être envisagé comme entaché de deux vices dans son contenu, qui en entraînent la nullité absolue: en effet, le premier consiste en ce que l'appel, dont est cas, n'auroit point été interjetté dans le délai de trois mois, délai qui est de rigeur; . . . .

Attendu cependant . . . . Que les intimés ne peuvent plus, par une expression tardive, revenir contre leur aveu et leur fait; et qu'ainsi il n'y a point de doute, que l'appel, dont il s'agit, doit être déclaré recevable . . . ."

Hier wird also eine ausdrücklich für nichtig erklärte, zu spät eingelegte, Appellation für annehmbar erklärt, weil der Appellat nicht zeitig diese Nichtigkeit rügte. — Ich habe es nicht für überflüssig gehalten, einen Auszug des obigen Erkenntnisses zu geben, da wenigstens dadurch bewiesen wird, daß sich durch die gewiß

des Cassations-Hofes zu Paris für die richtige erkannt ward. [2])

Uebrigens glaube ich, gegen die Theorie des Hrn. Gen. Pr. Hagemann noch anführen zu dürfen: daß der Art. 590. Pr. Ord., der, dem Sinne nach, mit dem Art. 1029. Code de proc. übereinstimmt, und welcher vorschreibt:

„Alle Verfügungen dieser Proceß-Ordnung, durch welche . . . Nichtigkeiten und Ausschließung wegen Versäumung verordnet sind, sind streng zu beobachten, und die Richter dürfen davon nicht abweichen;"

---

allgemein bekannt gewordene Theorie des H. Merlin die französische Jurisprudenz in diesem Puncte nicht geändert hat.

2) „Cette question s'est présentée devant la cour de cassation . . . , elle a été vivement discutée par la section civile; il est entrevenu partage, et l'arrêt, qui a terminé les débats, n'a pas décidé la difficulté." Praticien franç. T. III. p. 50.

Vor der neuen Legislation mußte in Frankreich die eingelegte Appellation binnen einer Nothfrist relevirt werden. Die Versäumung dieser Frist zog die Desertion der Berufung nach sich; aber auch hier galt dasselbe Princip: „cette désertion n'est pas acquise de plein droit; il faut la faire prononcer, et pour cet effet l'intimé fait assigner l'appellant, pour voir déclarer son appel désert." Merlin répert. s. v. désertion d'appel. Ex off. wurde also diese Desertion nicht von dem Richter gerügt, wenn auch der Appellant nach dem Ablauf der Frist seine Berufung relevirte. Bei uns hingegen wurde bekanntlich die Beobachtung des fatale justif. appell. ex off. geprüft.

nichts zur Entscheidung der aufgeworfenen Frage beizutragen vermag; da diese Vorschrift unstreitig mit der im Art. 124. Pr. Ord. (173. Code de pr.) enthaltenen in Harmonie zu setzen ist, welche bestimmt:

„daß jede bei der Vorladung, oder während des Verfahrens begangene Richtigkeit, für gehoben angesehen wird, wenn sie nicht in der ersten Vertheidigung angeführt wurde." [3])

Auf diesen Artikel scheint mir vielmehr Alles anzukommen. [4]) Eine zu spät eingelegte Appellation ist unstreitig nichtig. Gegen diese Nichtigkeit, und die durch den Ablauf der Frist entstandene res judicata, setzte ehedem der Richter, den Umständen nach, in den vorigen Stand. Der Richter hat diese Macht nicht mehr: aber der Appellat, welcher einzig Interesse bei der Sache hat, empfing sie schon von der Natur, und das Gesetz bestätigte diese seine natürliche Befugniß im Art.

---

3) Diese Vorschrift stimmt gänzlich mit dem Art. 5. Tit. V. der ordonn. v. 1667. überein. — Die Ursache dieser Vorschrift liegt darin: „Parce que la loi présume, de la part de ceux qui ont intérêt de faire valoir des nullités, un consentement tacite à l'exécution des actes qui en sont frappés." Merlin, rép. s. v. nullité. T. VIII. p. 632.

4) Wie ihn denn auch die französischen Gerichtshöfe zum Entscheidungs-Grunde nehmen, wenn sie demonstriren wollen, daß eine nichtige Appellation: „par le fait ou par le silence de la partie adverse doit être déclaré recevable."

124. Pr. Ord. — So wie, auf eine ganz gleiche Weise, der Art. 332. Pr. Ord. (Art. 399. C. d. pr.) verordnet: „die Peremtion tritt nicht kraft des Gesetzes ein, und wird daher durch gültige Handlungen, welche die eine oder die andere Partei vor der Klage auf Erlöschung vornahm, gehoben." — Daß der Staat kein Interesse bei dieser Angelegenheit zu haben glaubte, scheint mir hinlänglich daraus zu folgen, daß er keine Frist zur Insinuation des unterrichterlichen Erkenntnisses festsetzte, und also die Möglichkeit eines viele Jahre ungewissen Rechts bestehen ließ. ([5]

Ich gestehe also, daß ich, auch bei wiederhohltem Nachdenken, meine Theorie für die richtige zu halten fortfahren muß. ([6]

---

5) Ich halte dafür, daß es äußerst zweckmäßig seyn, und das Eigenthum der Staatsbürger sehr viel sicherer machen würde, wenn man die Vorschrift des Art. 108. Pr. Ord. (Art. 156. C. de pr.) „alle Contumacial-Erkenntnisse müssen binnen sechs Monathen seit ihrer Erlassung vollstreckt werden, und sind widrigenfalls als gar nicht ergangen zu betrachten," mit gewissen Modificationen, auf alle Erkenntnisse, von denen appellirt werden kann, ausdehnte. Hierdurch würde die durch eine nicht erledigte Appellations-Befugniß entstehende Ungewißheit des Eigenthums auf eine sehr merkliche Weise abgekürzt.

6) Im Cassations-Gerichte Frankreichs stimmten, von 17 Richtern, 8 für die Meinung Merlins, und 9 für die entgegengesetzte. Merlin, quest. de droit. T. I. p. 288.

# Zusatz zu der Abhandlung N^{ro.} X.

Nachdem die hier bemerkte Abhandlung bereits längst abgedruckt war, ist dem Verfasser das hier folgende Schreiben Sr. Excellenz des Herrn Justizministers des Königreichs Westphalen über die abgehandelte Materie, d. d. 29. Mai 1811., zu Gesicht gekommen. Die Meinung, welche Sr. Excellenz darin über dieselbe äußert, weicht von derjenigen ab, welche der Verfasser vorgetragen hat: oder scheint es vielleicht nur, da auch letzterer nur dann die bösliche Verlassung als Ehescheidungs-Ursache zuläßt:

„wenn sie den Character der Grau-
„samkeit und groben Beleidigung
„hat.“ (S. 140.)

Auf jeden Fall muß es dem juristischen Publicum sehr interessant seyn, hier die Meinung eines großen Rechtsgelehrten, der selbst bei der Abfassung des Gesetzbuchs Napoleons mitwirkte, über den abgehandelten wichtigen Gegenstand zu finden. — Es wäre übrigens zu wünschen, daß die Jurisprudenz der Cassations-Höfe Frankreichs und Westphalens über denselben bald bekannt würde.

Cassel, le 29. Mai 1811.

Je suis instruit, Monsieur le Procureur du Roi, que par une suite de l'habitude que l'on avait de prononcer le divorce pour cause d'abandon, qu'on appellait malitiosa desertio, on a cherché à retrouver cette cause dans le Code Napoléon, qui ne l'a point admise, et qu'on la prétend renfermée dans l'art. 231., qui permet le divorce pour excès, sévices ou injures graves. On ne saurait tomber dans une plus grande erreur.

Il résulte du procès-verbal tenu pour la discussion du Code, qu'on a voulu couvrir, sous le nom général d'Excès, l'attentat à la vie qu'on avait d'abord proposé. On pensa que cette désignation d'un grand crime devait être déguisée par respect de l'honnêteté publique, et pour que l'époux qui l'alléguerait ne parût pas se rendre le dénonciateur de l'autre, et vouloir, afin de le chasser de son lit, le traîner à l'échaffaud. On a compris sous le nom d'excès tout ce qui compromet la sûreté de la personne: l'attentat à la vie, comme les blessures et les coups violens.

On a entendu par sévices ou injures graves, les mauvais traitemens qui tiennent de la cruauté, saevitia, dont le mot sévices est la traduction.

L'injure grave comprend aussi tout ce qui peut avec raison affecter vivement l'honneur.

Les excès, disait un tribun lors de la présentation de la loi, ménaçent la sûreté individuelle; les sévices enlevent la sécurité; les injures graves flétrissent l'honneur.

Les seules causes déterminées du divorce sont l'adultère, la condamnation à une peine infamante, et les excès, sévices ou injures graves.

Or, l'abandon n'est ni un excès qui attente à la personne, ni un sévice qui détruise la sécurité, ni une injure qui blesse l'honneur. La loi française du 20. Septembre 1792. avait fait de l'abandon une cause de divorce, et la commission, chargée de la rédaction du projet de Code, l'avait adoptée, lors de la discussion; mais au conseil d'état on s'apperçut que l'abandon aurait indirectement ramené les causes d'incompatibilité d'humeur et de caractère, qu'on voulut bannir, qu'il présente une idée complexe, l'éloignement qui est de fait, l'éloignement volontaire et sans nécessité qui est d'intention. Or cette intention est difficile à constater, et, quand elle serait réelle, elle pourrait exister par un effet d'inconstance, et de légèreté que la loi ne saurait favoriser. Souvent l'abandon serait convenu, pour éviter les formalités et les longueurs du divorce par consentement mutuel.

Il vaut mieux que quelques époux éprouvent les privations d'un célibat imprévu, que d'ouvrir à tous, les moyens de rompre, par une absence,

une union qui de sa nature doit être perpétuelle, qui n'est dissoluble que dans des exceptions qu'il faut restreindre, et à la durée de laquelle les familles, et par conséquent l'état, ont un si grand intérêt.

Lors donc qu'on présentera l'abandon comme une cause de divorce, en cherchant à le confondre dans les excès, sévices ou injures graves, vous combattrez cet abus de toutes vos forces, et vous conclurez au refus du divorce; vous vous déclareriez appelant, si vos conclusions n'étaient pas suivies, et si un tel jugement était confirmé en cause d'appel, le Procureur-général, ou moi-même, nous déférerions l'arrêt au conseil d'état, pour en faire prononcer la cassation.

Recevez, Monsieur le Procureur du Roi, l'assurance de ma considération.

Le Ministre,

(signé) *Siméon.*

une union qui de sa nature doit être perpétuelle, qui n'est dissoluble que dans des exceptions qu'il faut restreindre, et à la durée de laquelle les familles, et par conséquent l'état, ont un si grand intérêt.

Lors donc qu'on présentera l'abandon comme une cause de divorce, en cherchant à le confondre dans les excès, sévices ou injures graves, vous combattrez cet abus de toutes vos forces, et vous conclurez au refus du divorce; vous vous déclareriez appelant, si vos conclusions n'étaient pas suivies, et si un tel jugement était confirmé en cause d'appel, le Procureur-général, ou moi-même, nous déférerions l'arrêt au conseil d'état, pour en faire prononcer la cassation.

Recevez, Monsieur le Procureur du Roi, l'assurance de ma considération.

Le Ministre,

(signé) *Siméon.*

---

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Strombeck, Friedrich Karl <<von>>,

Rechtswissenschaft des Gesetzbuchs Napoleons und der übrigen bürgerlichen Gesetzgebung des Königreichs Westphalen, oder Sammlung von Entscheidungen des königlichen Appellations-Hofes zu Celle und Abhandlungen über die entschiedenen und andere Rechtsfragen
Bd.: 1,1

Braunschweig (1811)

Decis. 110 m-1,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10397258-2